

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Mariana da Silva Dalbosco

Responsabilidade civil do Estado por danos provocados por ataques de grupos criminosos
contra o patrimônio particular

Florianópolis
Julho, 2013

Mariana da Silva Dalbosco

Responsabilidade civil do Estado por danos provocados por ataques de grupos criminosos
contra o patrimônio particular

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso
de graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito à
obtenção do título de bacharel.

Orientador: Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis


Julho, 2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

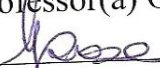
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Responsabilidade Civil do Estado por danos provocados por ataques de grupos criminosos contra o patrimônio particular**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Mariana da Silva Dalbosco**, defendida em **04/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e meio), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

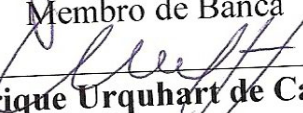
Florianópolis, 4 de Julho de 2013



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Luiz Henrique Urquhart de Cademartori
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais pela paciência e compreensão.

À minha mãe, principalmente, por ter sido sempre tão presente, interessada e participativa.

À minha irmã, minha alegria diária.

À Doutora Maria Paula Kern, exemplo de profissionalismo e ética, ao seu assessor Vinícius dos Anjos Borba, e à Priscila Cunha por todo o auxílio que me foi prestado durante a realização do estágio. Aproveito para agradecer a oportunidade de estágio e os valores que me foram transmitidos.

A todos os meus amigos, em especial:

À Morcegada, minha turma de origem, pelas lições de amizade e companheirismo.

À Amanda Maria Lentz, minha coinquilina, que muito me ensinou durante os nossos seis meses de intercâmbio em Padova.

À Paula Cargnin Pereira, por ter sido aquela com quem, desde o início, estreitei os maiores laços de amizade.

A todos aqueles que compreenderam meu grande período de ausência e me incentivaram no decorrer da monografia.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende desenvolver uma análise teórica e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do Estado quanto ao dever de indenizar prejuízos causados por ataques de grupos criminosos contra o patrimônio de particulares, em específico, será analisado o caso dos incêndios criminosos contra as empresas de transporte público no Estado de Santa Catarina. Para chegar a este ponto, será examinada a história da responsabilidade civil do Estado. Através dessa restará demonstrado que a moderna noção de Estado de Direito e sua vinculação intrínseca com os direitos fundamentais não se coaduna com a ideia de irresponsabilidade estatal pelos danos decorrentes de suas atividades. Consolidado esse entendimento, a doutrina da responsabilidade civil do Estado evoluiu no sentido de afastar a necessidade de demonstração de culpa para a configuração da sua responsabilidade. Consagrou-se a teoria do risco administrativo, a qual atribui ao Estado o dever de reparação, independentemente da ação ou omissão dolosa ou culposa da Administração. Essa teoria tem por fundamento a divisão dos prejuízos causados por atividade promovida pelo Estado em benefício de toda coletividade, de modo a restaurar o equilíbrio e a harmonia social. O trabalho divide-se, basicamente, em três partes. A primeira aborda a evolução da responsabilidade civil do Estado, seus fundamentos e pressupostos do dever ressarcitório, bem como seus preceitos normativos em vigor. A seguir, adentra-se no campo da responsabilidade do Estado por omissão, buscando-se demonstrar as particularidades inerentes a este tipo de conduta e as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito. Apresenta-se, por fim, o dever constitucional do Estado em garantir aos seus administrados a segurança pública. Utiliza-se a doutrina pátria e os fatos similares ocorridos no Rio de Janeiro e São Paulo para investigar se os ataques promovidos por facções criminosas contra as empresas de transporte público em Santa Catarina gerariam ao Estado o dever de indenizar.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	- apelação cível
Art.	- artigo
atual.	- atualizada
CF	- Constituição Federal
CP	- Código Penal
ed.	- edição
p.	- página
RE	- recurso extraordinário
REsp	- recurso especial
rev.	- revisada
STF	- Supremo Tribunal Federal
TJ	- Tribunal de Justiça
v.	- volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	10
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
1.1.1 Teoria da irresponsabilidade	13
1.1.2 Teoria da culpa administrativa	17
1.1.3 Teoria do risco	19
1.1.4 As teorias aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro	21
1.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	24
1.3 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SEUS PRECEITOS NORMATIVOS ATUAIS	28
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS	33
2.1 CONCEITO DE ATO OMISSIVO E TIPOS DE OMISSÃO	33
2.2 PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	36
2.3 A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS OMISSIVOS	38
2.3.1 A previsão constitucional	38
2.3.2 A responsabilidade subjetiva estatal pela prática de atos omissivos no Código Civil de 1916	51
2.3.3 As disposições do Código Civil de 2002	54
3 A OMISSÃO ESTATAL NA SEGURANÇA PÚBLICA	56
3.1 O DEVER DE SEGURANÇA NO ÂMBITO ESTATAL	56
3.2 OS CASOS DE ATAQUES CRIMINOSOS AO PATRIMÔNIO PARTICULAR	58
3.2.1 O caso dos incêndios criminosos no Estado de Santa Catarina	65
3.3 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	68
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

A presente monografia insere-se no âmbito do Direito Administrativo, eis que trata sobre a possibilidade de o Estado vir a ser responsabilizado por uma falha no seu dever de segurança pública, previsto no art. 144 da Constituição Federal, em particular, no que se refere ao dever de prevenir e reprimir comportamentos ilícitos de grupos criminosos.

O método científico utilizado foi dedutivo, pois parte-se de grandes premissas – com a conceituação teórica dos instrumentos diretamente relacionados – para então questioná-las ao avaliar o problema da falha estatal na segurança pública e chegar às conclusões. O método de pesquisa consistiu na realização de consulta em fontes bibliográficas e jurisprudenciais.

A atualidade do tema reside na grande quantidade de ataques promovidos contra as empresas concessionárias de transporte público ocorridas nos últimos meses no Estado de Santa Catarina. Ademais, a questão da indenização de danos decorrentes de fato de terceiros neste contexto específico ainda foi pouco discutida pela doutrina.

O interesse no tema foi despertado, a princípio, no curso de um estágio não obrigatório realizado em um escritório de advocacia. Numa leitura prévia do tema, através de teses, dissertações e artigos, foi possível identificar a clara relação que pode ser estabelecida entre a omissão estatal na segurança pública e os suprarreferidos eventos danosos.

De início, aborda-se a evolução histórica da responsabilidade do Estado, partindo-se do modelo da total irresponsabilidade até a progressiva construção da teoria do risco administrativo, resultando na responsabilidade objetiva. Para chegar a este ponto, percorre-se as diversas teorias edificadas no campo da responsabilidade civil estatal. A seguir, faz-se um estudo das doutrinas que receberam respaldo no direito pátrio, além de buscar os fundamentos, os pressupostos e os dispositivos em vigor aplicáveis à responsabilidade estatal.

Uma vez investigadas as atuais regras que disciplinam a responsabilidade da Administração Pública, verificar-se-á o total acolhimento da teoria do risco administrativo, a qual concede ao administrado uma maior proteção, proporcionando-lhe melhores condições para a obtenção da efetiva reparação do Estado por danos por ele provocados.

Por sua vez, o segundo capítulo, relaciona-se com o ponto substancial deste estudo: a omissão. Aqui, a análise divide-se em três partes: introdução ao conceito de atos

omissivos e seus tipos, os pressupostos para a configuração da responsabilidade do Estado por omissão e, então, a responsabilidade civil por omissão estatal. Nesta última parte, será examinada a adequação das normas constitucionais e infraconstitucionais aos comportamentos omissivos, discutindo-se a viabilidade da aplicação da corrente objetivista para essas hipóteses.

Já o último capítulo discorre sobre o dever constitucional atribuído ao Estado de garantir a segurança pública. Primeiramente, elucida a importância de tal dever para a manutenção da ordem pública. Em seguida, trata-se dos casos de atuação de movimentos multitudinários que depredam patrimônio alheio, distinguindo-os dos conceitos de movimentos populares e atos terroristas. Terminando, por fim, justamente no cerne do argumento em tela que intitula o trabalho: a análise do dever estatal de indenizar no caso dos ataques de facções criminosas contra o patrimônio particular.

1 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Desde a Antiguidade, a obrigação de reparar o dano é conhecida entre os particulares. Todavia, a aplicação deste instituto ao Estado é fruto de construção que poder ser tida como recente.

Responsabilidade, essencialmente, significa imputabilidade. Com isso, preliminarmente, pontua-se que o estudo da responsabilidade civil do Estado consiste, em linhas gerais, na obrigação imposta à Fazenda Pública de reparar o prejuízo causado a terceiros em decorrência de sua atividade administrativa.

Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1009):

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Importante salientar que a pesquisa realizada será restrita à responsabilidade extracontratual do Estado, restando excluída a responsabilidade contratual por não corresponder aos objetivos deste trabalho.

Explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1013) que, devido a especial posição jurídica que o Estado ostenta, sua responsabilidade é regida por princípios próprios. Além disso, difere-se daquela responsabilidade à que se submetem as pessoas privadas por possuir um campo de incidência muito mais amplo, bem como pela possibilidade de ocasionar danos muito maiores do que os passíveis de serem gerados pelos particulares.

Quanto ao conceito de Estado, José Afonso da Silva (2009, pp. 97-98) traz que:

Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano, institucionalizado. O *Estado*, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um *poder soberano* um *povo* situado num *território* com certas *finalidades*.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 638) pondera que o dano resultante de comportamento de um dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – é de responsabilidade do Estado e não da Administração Pública. Critica a denominação

responsabilidade da Administração Pública, argumentando que a Administração Pública não tem personalidade jurídica, e, portanto, não é titular de direito e obrigações na ordem civil. Para ela, somente o Estado, pessoa jurídica, pode ser responsabilizado.

Em sentido oposto, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 686) opta por chamar de responsabilidade civil da Administração Pública ao invés da tradicional responsabilidade civil do Estado, sob a justificativa de que:

[...] Em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil (...). Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar.

O professor José Afonso da Silva (2009, p. 655) conceitua Administração Pública como “o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas”. Faz a ressalva de que esse seria um conceito simplificado de Administração Pública que, porém, destaca a subordinação dessa ao Poder político, a sua característica de meio para atingir determinados fins, bem como apresenta seus aspectos de conjunto orgânico a serviço do Poder político e de atividade administrativa.

Embora concorde com Maria Sylvia, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 239) admite que a expressão Administração Pública tem sido comumente usada para designar tanto a responsabilidade do Estado propriamente dita, isto é, como pessoa jurídica de direito público, como também da Administração Indireta. Para ele, isso decorre do próprio texto da Constituição de 1988 que expandiu a responsabilidade objetiva do Estado aos integrantes da chamada Administração Indireta.

Isso posto, inobstante a referência expressa à responsabilidade extracontratual do Estado, informa-se que nesta pesquisa os termos Estado e Administração Pública serão utilizados como sinônimos, ainda que se reconheça as diferenças inerentes aos seus respectivos conceitos.

J.J. Gomes Canotilho (1974, p. 13) pensa que o instituto da responsabilidade civil estatal não se resume em apenas satisfazer as necessidades de reparação e prevenção, tal como ocorre na responsabilidade civil. E por aí não cessa:

Como conquista lenta mas decisiva do Estado de direito, responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade. E instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indenização por sacrifícios autoritativamente impostos cumpre outra função ineliminável no Estado de Direito Material – a realização da justiça material.

Importante elucidar que Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, pp. 1012-1013) retira do campo da responsabilidade do Estado aqueles casos em que o Direito prevê e autoriza a Administração a sacrificar direito alheio. A desapropriação e o nivelamento de ruas que piorem a situação de alguns proprietários representam típicos exemplos de sacrifício de direito. De outra face, inclui no tema responsabilidade estatal o comportamento estatal lícito que fere direito de outrem. A responsabilidade do Estado por comportamento estatal lícito ocorre nas hipóteses em que o poder conferido ao Estado e exercido de forma regular acarreta, indiretamente, como mera consequência, a lesão a direito. Exemplo típico de ato lícito que enseja a responsabilidade civil do Estado encontra-se no artigo 188, combinado com os artigos 929 e 930 do Código Civil. O artigo 188 prevê que “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição de coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Neste último caso enquadra-se perfeitamente a atuação do Estado que através da atuação de seu poder de polícia pretende remover perigo iminente, mas acaba também causando danos.

A responsabilidade do Estado, na legislação pátria, enquadra-se entre os casos de responsabilidade objetiva. Até chegar nesse estágio a responsabilidade do Estado perpassou pelas mais diversas teorias, as quais receberam grande influência do Direito Francês.

Desta feita, ao longo deste capítulo acompanhar-se-á o pensamento de Helena Elias (2008, p. 67), para quem a “compreensão do contexto atual depende de um prévio estudo do seu desenvolvimento teórico, razão pela qual se impõe uma explanação de suas linhas evolutivas mestras”. E conclui: “a percepção dessa evolução é ainda mais importante quando se observa que na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal ainda coexistem teorias formuladas em momentos históricos distintos”.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os estudos realizados por Brunini (1981, p. 21) indicam que “a evolução da responsabilidade do Estado foi consequência da evolução do princípio da legalidade, da teoria filosófica organicista e da própria evolução do Estado de Direito”. Nesse norte, afirma que o crescente intervencionismo estatal gerou a necessidade de uma melhor proteção, contra os danos ocasionados pelo Estado, aos direitos dos administrados.

Para Celso Antônio (2012, p. 1014), a história da responsabilidade do Estado – a qual ele prefere chamar de responsabilidade do Poder Público – revela que houve uma contínua evolução e adaptação às particularidades inerentes ao Estado, progredindo constantemente de modo a amparar cada vez mais interesses privados. Pode-se dizer que a responsabilidade do Estado decorre do regime político e evolui segundo esse.

A evolução das inúmeras teorias é resumida por Maria Sylvia (2009, p. 639):

A regra adotada, por muito tempo, foi a da **irresponsabilidade**; caminhou-se, depois, para a **responsabilidade subjetiva**, vinculada à culpa. Ainda hoje aceita em várias hipóteses; evolui-se, posteriormente, para a teoria da **responsabilidade objetiva**, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo. (grifo no original)

Contudo, pela pesquisa realizada para o presente trabalho, percebeu-se que a responsabilidade civil do Estado recebe os mais variados tratamentos. Tal como fez Di Pietro (2009, p. 639), as teorias aqui examinadas serão as empregadas no sistema europeu-continental, o qual adota o regime publicístico. Deste modo, salienta-se que esta pesquisa está direcionada às teorias publicistas do Estado, fazendo-se apenas breve menção àquelas que adentram no campo do Direito Civil.

1.1.1 Teoria da irresponsabilidade

Na Grécia, em Atenas e Esparta, não havia ainda a presença do conceito de Estado, predominando a irresponsabilidade. O mesmo acontecia em Roma, onde inexistia a ideia de Estado como personalidade. Vigorava a teoria do direito divino, sendo o soberano o representante de Deus na Terra. (STERMANN, 1992, p. 13)

O Direito Romano prescrevia que todo e qualquer ato praticado pelos governantes era em prol do bem comum, ainda que porventura viesse a lesar beneficiários. Dessa ideia decorre a impossibilidade de os lesados pleitearem indenização pelos danos, tendo em vista que derivaram de atos realizados para beneficiá-los. (SCAFF, 2001, p. 127)

A teoria da irresponsabilidade vigorou nos Estados despóticos e absolutistas. Foi edificada na ideia de soberania, a qual, segundo Dallari (2010, p. 74), é uma das bases da ideia de Estado Moderno. Ainda, Matteucci (2007, ps. 1179-1180) tratando do conceito de soberania, expõe sua significação moderna, aduzindo que:

O termo Soberania aparece, no final do século XVI, juntamente com o de Estado, para indicar, em toda sua plenitude, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política. Trata-se do conceito político-jurídico que possibilita ao Estado moderno, mediante sua lógica absolutista interna, impor-se à organização medieval do poder, baseada, por um lado, nas categorias e nos Estados, e, por outro, nas duas grandes coordenadas universalistas representadas pelo papado e pelo império: isto ocorre em decorrência de uma notável necessidade de unificação e concentração de poder, cuja finalidade seria reunir numa única instância o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população, e, com isso, realizar no Estado a máxima unidade e coesão política.

Em sua obra, Di Pietro (2009, p. 640) sustenta que a teoria da irresponsabilidade repousa exatamente sobre a noção de que a autoridade do Estado perante o súdito seria irrefutável. Isso porque cabe unicamente ao soberano, único centro de poder, a tutela do direito, o que justificaria o não cabimento de uma atuação a ele contrária. Esclarece Matteucci (2007, p. 1180) que o soberano intenta ser exclusivo, onipotente e onicompreensivo, de modo que somente ele intervenha em todas as questões, não permitindo que outros decidam.

Nessa mesma linha, Cavalieri Filho (2010, p. 239) considera que as expressões: “O Rei não erra” (*The king can do no wrong*), “O Estado sou eu” (*L’État c’est moi*), “O que agrada o príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*), retratam bem esse período. Nota-se que os argumentos apresentados para a não-responsabilização trazem intrinsecamente uma ordem celestial, em razão de um direito divino que assistia aos Reis.

Os dogmas da irresponsabilidade foram sintetizados por Renan Miguel Saad (1994, p. 50), estando dispostos pelas seguintes assertivas: 1. A afirmação da soberania do Estado e da desigualdade natural entre seus administrados; 2. Entendimento de que o Estado enquanto elaborador e aplicador da ordem jurídica não a pode violar; 3. De que os atos contrários à lei somente poderão ser imputados ao funcionário, devendo este ser responsabilizado, pessoalmente, jamais o Estado.

Conforme o clássico Amaro Cavalcanti, citado por Saad (1994, p. 50), os fundamentos da ideia de responsabilidade podem ser resumidos na concepção de que a obediência imposta pelo Estado aos seus administrados é feita para o bem desses, por isso não pode sobrevir qualquer responsabilidade; que a representação do Estado é feita só pelo seu chefe, refutando a ficção de que os funcionários públicos sejam órgãos imediatos do Estado; que as consequências jurídicas do mandato não podem ser, por analogia, estendida aos servidores; que Estado e funcionário não são a mesma pessoa, portanto a culpa do funcionário não é do Estado; e, considerando que o funcionário não representa o Estado, quando aquele extrapolar as suas funções, não obrigará a este.

Por essa teoria, entendia-se que responsabilizar o Estado por alguma coisa seria o mesmo que colocá-lo na posição de súbito, o que representaria a extirpação de sua soberania. Eventuais erros causados pela Administração Pública configurariam um risco a que todos estavam expostos. Um erro do Estado era considerado um erro de todos.

É evidente a injustiça que seria perpetrada caso essa teoria não fosse logo combatida. Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 239) afirma, com razão, que a teoria da irresponsabilidade era a própria negação do direito. Di Pietro (2009, p. 640) opina no sentido de que se o Estado tem o dever de tutelar o direito, não pode deixar de responder quando causar danos a terceiros, sejam esses decorrentes de sua ação ou omissão. E seguindo esse entendimento, questiona Cavalieri Filho (2010, p. 239): “Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato próprio do Estado?”.

Stermann (1992, p. 14) lembra que os países pertencentes ao ramo da família romano-germânica tiveram uma evolução no campo da responsabilidade do Estado diversa daqueles da *common law*. Em princípio, ambos alicerçavam-se na teoria de que o Estado era sempre irresponsável. No entanto, após a Revolução Francesa seguiram diferentes destinos.

Esclarece-se que nem mesmo com a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder do Estado a situação da irresponsabilidade do Estado foi modificada. Em pleno século XVIII, ainda se aceitou a irresponsabilidade estatal. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, deixou-se de identificar o Estado como Rei, assim como houve uma substituição da soberania divina pela popular. (SCAFF, 2001, p. 128)

No tocante à irresponsabilidade, o resultado dessa transferência de poder para o povo significou a obrigatoriedade de o Estado pagar ao indivíduo prévia e justa indenização, nos casos de expropriação por necessidade pública. Assim, mais nenhuma desapropriação poderia ser efetuada sem que o proprietário fosse indenizado, tal como ocorria no período do Absolutismo. Observa-se, contudo, que a intangibilidade do Estado foi mantida, não mais assentada em Deus, porém no povo. (SCAFF, 2001, ps. 128-129)

A teoria da responsabilidade estatal passou a ser alterada por um fato de comum ocorrência na Revolução Francesa. Referido fato trata-se de multidões enfurecidas que deterioraram diversas propriedades de particulares, os quais demandaram em face do Estado para auferir o ressarcimento dos prejuízos. Diante disso, “com o fito de proteger o erário francês das inúmeras ações, criou-se a distinção entre atos de império e atos de gestão, atribuindo somente a estes últimos (de gestão) a possibilidade de se obter o ressarcimento dos danos causados”. (STERMANN, 1992, p. 14)

Sobre o assunto, leciona Clóvis Bevilacqua *apud* Saad (1994, p. 51):

[...] estabelecer esse critério (distinção dos atos estatais) é ignorar que o fundamento da responsabilidade é a forma jurídica que determina a reparação de toda e qualquer lesão de direito. Se o Estado tem por função principal realizar o direito, não pode irrogar-se o privilégio de contrariá-la no seu interesse.

Todavia, a citada divisão é considerada, conforme Sonia Stermann (1992, p. 15), um progresso no que se refere à responsabilidade estatal. Explana que após a superação da teoria dos atos de gestão e atos de império, passou-se a responsabilizar o Estado por conduta culposa ou dolosa de seus agentes públicos, dando início à transferência gradual da culpa civilista para o campo do direito público.

Segundo o ensinamento da suprarreferida autora, o avanço no assunto deu-se na Constituição Francesa de 1789 que:

[...] encampou o princípio da irresponsabilidade do Estado, mas acolheu a responsabilidade de seus funcionários, em decorrência de atos danosos que praticassem em propriedade de particulares, desde que atendidas determinadas hipóteses: culpa grave ou dolo e necessidade de autorização prévia do Estado, para promover ação contra o agente que tivesse praticado o dano a particular e estivesse agindo nessa condição (de funcionário/agente público). (STERMANN, 1992, p. 15)

Ocorre que o conceito de culpa aplicado ao Estado ainda era o idêntico ao utilizado no Direito Civil, motivo pelo qual alguns doutrinadores como Maria Sylvia (2009, p. 640), Cavalieri Filho (2010, p. 239) e Meirelles (2011, p. 698) fazem alusão à teoria civilista

da culpa. Mais tarde, com a transferência do conceito de culpa do direito civil para o direito administrativo, ditas teorias foram intituladas de culpa administrativa.

Sabendo-se que, em seu âmago, a responsabilidade do Estado se relaciona com o regime político, era de se esperar que aos poucos, com as mudanças no plano político e o surgimento de novas teorias, a irresponsabilidade estatal fosse repelida pela doutrina e pelos tribunais. Atualmente, a doutrina da irresponsabilidade encontra-se inteiramente abandonada. A superação total dessa teoria se deu em 1946, nos Estados Unidos, pelo *Federal Tort Claims Act*, e na Inglaterra em 1947, com o *Crown Proceeding Act*. (MEIRELLES, 2011, p. 698; DI PIETRO, 2009, p. 640; STERMANN, 1992, p. 14)

1.1.2 Teoria da culpa administrativa

Nas questões tocantes à responsabilidade civil do Estado, as decisões das Cortes francesas foram bastante avançadas, tanto que se opuseram aos princípios privatísticos insculpidos no Código de Napoleão. Nesse particular, destaca-se o Caso Rotschild de 1855 e o caso *Blanco* de 1873, nos quais houve imputação de responsabilidade ao Estado, fundada em disposições de direito público. Tais soluções serviram de alicerce para as construções jurisprudenciais posteriores. (STERMANN, 1992, p. 16)

Nesse momento, a grande influência de princípios publicísticos internalizados aos conceitos de responsabilização estatal torna obsoleta a noção civilista de culpa, passando-se a se falar em culpa administrativa, também chamada por Cavalieri Filho (2010, p. 241) de culpa anônima ou impessoal.

A partir disso, toma-se consciência de que a apuração dos atos ilícitos cometidos pelo ente estatal não pode ser realizada conforme o critério de culpa adotado no direito civil, porque se sujeita a regras especiais. No entanto, como bem assinala Sonia Stermann (1992, ps. 16-17), nem todos os ordenamentos jurídicos seguiram integralmente o sistema francês.

Com esse novo arcabouço teórico, as doutrinas publicistas da responsabilidade do Estado começaram a surgir. Hoje, fala-se primordialmente em duas teorias: teoria da culpa administrativa ou da culpa do serviço e teoria do risco, sendo esta última desdobrada, por

alguns doutrinadores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. (DI PIETRO, 2009, ps. 641-642)

Para Scaff (2001, p. 137) verifica-se a ocorrência da culpa administrativa “quando há acidente imputável ao Estado, mas não se consegue apurar qual o funcionário responsável pelo fato”. Já Cavalieri Filho (2010, p. 241) ensina que a culpa do serviço “ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado”. Igualmente, Saad (1994, p. 53) diz que se deve investigar apenas a qualidade da prestação do serviço, pois a discussão de o funcionário ter agido com dolo ou culpa revela-se desnecessária.

Maria Sylvia (2009, p. 642) entende que em qualquer das três hipóteses de falha, quais sejam: mau funcionamento, não funcionando do serviço (omissão) e morosidade ou inércia do serviço, deve incidir a responsabilidade do Estado, independente da perquirição de culpa do agente público.

Pode-se inferir que se tentou desvencilhar a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário, o dever de indenizar do Estado origina-se da falta do serviço (*faute du service*, no direito francês), não mais da falta do servidor. De acordo com a lição de Cavalieri Filho (2010, p. 241):

A culpa anônima ou falta do serviço público, geradora da responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à ideia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.

Evoca-se que alguns autores consideram que a culpa administrativa e a responsabilidade objetiva são coisas idênticas. Nesse particular, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 241) reputa que a responsabilidade pela *faute du service* não se enquadra na modalidade de responsabilidade objetiva, “porque baseada na culpa do serviço diluída na organização, assumindo feição anônima ou impessoal”.

Mesmo que em muitos casos de responsabilização pela “falta do serviço” admita-se a presunção de culpa estatal, mostra-se acertada a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho (2010, ps. 241-242), que entende não poder ser denominada objetiva a responsabilidade que dependa da comprovação de que o serviço efetivamente operou abaixo do padrão normal. Nas palavras de Bandeira de Mello (2012, p. 1019), essa teoria ainda seria modalidade subjetiva, que,

porém, pode ser traduzida como “um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva”.

De igual modo, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 699) assegura que:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela interferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro.

1.1.3 Teoria do risco

Assentados na premissa de que o Estado exerce suas atividades da mesma forma que um chefe de empresa, Thomasius e Heineccius, partidários do direito natural, introduziram, no século XVIII, a teoria do risco, a qual serviu de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado. (STERMANN, 1992, p. 17)

Segundo Di Pietro (2009, p. 642), a doutrina do risco é baseada no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Esse princípio encontra fundamento no texto do artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem de 1798 que se apresenta assim disposto: “para a manutenção da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”.

Pela teoria do risco não só os benefícios, como também os prejuízos sofridos por alguns, devem ser repartidos entre todos os membros da sociedade. Desse modo, sempre que houver quebra do equilíbrio, isto é, quando uma pessoa suportar um ônus maior que os demais, o Estado deverá indenizá-la, buscando o restabelecimento desse equilíbrio. (DI PIETRO, 2009, p. 642)

“Há responsabilidade onde há oferta de risco”, reflete Saad (1994, p. 38). Partindo dessa assertiva, Cavalieri Filho (2010, ps. 242-243) disserta que:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é

exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.

A proclamação da responsabilidade objetiva do Estado é considerada a última fase na evolução das teorias. A partir desse momento, a verificação de culpa do agente não é mais requisito para o ressarcimento da lesão sofrida pelo particular. Da mesma forma, mostra-se irrelevante a demonstração de que tenha havido falha no serviço público. (DI PIETRO, 2009, p. 642)

Di Pietro (2010, p. 642) entende que “é chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir dos elementos subjetivos (culpa ou dolo)”, para que reste configurada faz-se necessário apenas, consoante Cavalieri Filho (2010, p. 243), que se verifique a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

Por sua vez, Saad (1994, p. 38) explica que “muito mais do que a comprovação de um estado sutil de ânimo, interessa a evidência solar do dano. O dano há de ser composto e a composição do mesmo não deve ficar dependendo das dificuldades que cercam o ônus da comprovação da culpa”.

Mais uma vez, colaciona-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 247):

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionado a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano. Em suma, haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro.

Autores como Hely Lopes Meirelles (2011, p. 700) e Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 643) fazem distinção entre a teoria do risco administrativo e a do risco integral, este último justifica que essa diferenciação faz-se necessária para que o Estado não seja responsabilizado em hipóteses em que o dano não decorra da atividade administrativa.

Vale dizer que a doutrina do risco administrativo não deve ser compreendida como a obrigatoriedade de a Administração indenizar todo e qualquer dano que o particular venha a sofrer. Haverá somente uma dispensa de que vítima demonstre a culpa da

Administração. Ademais, caso seja provado que houve culpa da vítima no evento danoso, a responsabilidade do Estado restará elidida. (SAAD, 1994, p. 57)

Nesse particular, assevera Cavalieri Filho (2010, p. 243) que o risco administrativo “torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade”.

Ao passo que pela doutrina do risco integral o Estado estaria obrigado a indenizar todo e qualquer prejuízo suportado pelo particular, ainda que fossem observadas uma das seguintes causas excludentes de causalidade: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou fora maior. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 244; MEIRELLES, 2011, p. 700)

Essa distinção é criticada por Yussef Said Cahali (2008, p. 40):

A distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.

Ainda, o mesmo autor aduz com propriedade que quando a questão é colocada no plano da causalidade, perde importância qualquer classificação que seja dada ao risco, pois se admite aos tribunais a exclusão ou atenuação da responsabilidade estatal caso sejam verificadas circunstâncias para tanto.

Inferi Brunini (1981, p. 60) que delinear o exato contorno das modalidades do risco administrativo, do risco integral e mesmo do acidente administrativo é tarefa inexecutável, pois “nesse terreno, extremamente movediço, há rótulos iguais para designar coisas diferentes, e rótulos diferentes para designar coisas iguais”.

1.1.4 As teorias aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro

Amaro Cavalcanti (1957, p. 611) assevera que, mesmo no Império, a teoria da irresponsabilidade da pessoa jurídica nunca prevaleceu no Brasil; ainda quando não havia legislação expressa, leciona Di Pietro (2009, p. 644), os tribunais e doutrinadores brasileiros

sempre repeliram essa orientação. José Afonso da Silva (2009, p. 674) expressa que a doutrina da irresponsabilidade não se compadecia com o Estado de Direito.

Até a Constituição de 1824, no Brasil e também no plano internacional, não havia se concebido a ideia de que o Estado tivesse que assumir a responsabilidade pelas atuações defeituosas de seus agentes. A Carta de 1824 consagrava a responsabilidade dos funcionários públicos. Entretanto isso não significava que o ente estatal estava imune à responsabilização, pois, além de existirem leis ordinárias que previam esta possibilidade, o entendimento jurisprudencial consolidou-se no sentido de haver solidariedade entre o Estado e seus agentes. (DI PIETRO, 2009, p. 644; CAVALIEIRI FILHO, 2011, p. 244)

A Constituição Republicana de 1891 apenas repetiu a imputação que havia feito o Texto Maior de 1824, cujo artigo 179, nº 29, consignava que: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 244)

Extraí-se, então, que as supramencionadas constituições não excluía a responsabilidade do Estado, tampouco imputavam a responsabilidade apenas ao agente. Adotaram a responsabilidade alicerçada na culpa civil, portanto para que restasse configurada a responsabilidade do Estado por danos decorrentes da atuação de seus funcionários, figurava-se imprescindível a demonstração de culpa. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 244)

O Código Civil de 1916 trouxe pela primeira vez no Direito Brasileiro um dispositivo que tratava especificamente da responsabilidade do Estado. Seu artigo 15 dispunha: “As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Para Celso Antônio (2012, p. 1.105), a responsabilidade do Estado seria consequência lógica da noção do Estado de Direito, prescindindo de regra expressa para firmar-se e podendo, inclusive, dispensar o auxílio das normas de Direito Privado. Acompanha a lição de Eduardo Sotelo Kloss, na opinião deste: “quem diz Direito, diz, pois, responsabilidade”.

Segundo Sérgio Cavalieri (2010, p. 245), o artigo 15 do Código Civil de 1916 consagrou a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. E justifica: “tanto é assim que fala em representantes, ainda ligado à ideia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado”.

Maria Sylvia (2009, p. 644) sustenta que a falta de clareza na redação da expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei” contida no artigo 15 do Código Civil de 1916 permitiu que, durante sua vigência, alguns autores defendessem a teoria da responsabilidade objetiva.

Contudo, a doutrina subjetiva perdurou até o advento da Constituição de 1946. Nesse sentido, Helena Elias Pinto (2008, p. 73) aduz que “com o advento da Constituição de 1946, despede-se o direito positivo brasileiro das teorias civilistas, porque a nova ordem constitucional inaugura a adoção de um sistema sob regime de direito público”.

As Constituições de 1934 e 1937 ainda traziam normas, precipuamente, subjetivistas, destacam-se, porém, por terem acolhido o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário. (DI PIETRO, 2009, p. 644) É importante frisar que, assim como sucedeu na França, a jurisprudência aderiu a teoria da responsabilidade objetiva, antes mesmo que essa houvesse previsão legal específica.

A mudança nesse panorama ocorre, como já se disse, na Constituição de 1946, cujo artigo 194 previa: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.” Trazendo, ainda, em seu parágrafo único, “caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Por uma simples leitura do artigo acima referido, constata-se que a alusão à culpa é feita tão-somente em seu parágrafo único, para autorizar o cabimento de ação regressiva do Estado contra seu preposto. Diante disso, conclui Cavalieri Filho (2010, p. 245): “se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova de culpa e dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado se prescinde desses elementos subjetivos”.

Nas Constituições de 1967 e 1969, outorgadas pelo regime militar, manteve-se praticamente intacto o preceito da Constituição de 1946. A única inovação verificada foi a inclusão da palavra “dolo” na redação do parágrafo único dos novos dispositivos. Nesse

momento, tem-se previsão de cabimento de ação regressiva contra o funcionário, caso verifique-se culpa ou dolo. (DI PIETRO, 2009, p. 645)

O citado Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 246) assegura que, “a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita de culpa, mas, tão-somente, da relação de causalidade”, não sendo mais retirada do texto constitucional brasileiro.

A Constituição de 1988 orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva do Estado, fundada na modalidade do risco administrativo. O parágrafo 6º do seu artigo 37 dispõe: “As pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1015) que a responsabilidade objetiva do Estado é considerada pela doutrina e jurisprudência a regra preponderante no nosso sistema. Todavia, não se deve olvidar que a teoria da culpa administrativa ainda se encontra presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo como seu maior expoente o Ministro Carlos Velloso. (PINTO, 2008, p. 75)

Embora a teoria do risco integral não tenha sido adotada no Brasil, há que se destacar que em algumas hipóteses a responsabilidade do Estado incide mesmo que se verifique a ocorrência de causas consideradas excludentes de responsabilidade, exatamente como pretende essa teoria extremista. São os casos de danos causados por acidentes nucleares, por atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, e também em algumas relações obrigacionais. (DI PIETRO, 2009, ps. 643-644)

1.2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Acerca desse tópico, é forçoso reproduzir o alerta que faz Bandeira de Mello (2012, p. 1023): “não há confundir as condições deflagradoras da responsabilidade do Estado com os fundamentos da responsabilidade estatal”. Nessa direção, também Helena Elias Pinto (2008, p. 79) julga necessário distinguir os fundamentos das condições de responsabilidade.

Utilizando-se da lição de Francisco Amaral, Helena Elias (2008, p. 79) traz que “o fundamento da responsabilidade civil é ‘a razão por que alguém deve ser obrigado a reparar o dano causado a outrem’”. Por seu turno, Celso Antônio (2012, p. 1023) entende que o fundamento da responsabilidade estatal corresponde à justificativa da existência de tal responsabilização.

A relevância do conhecimento dos fundamentos da responsabilidade civil será verificada na elaboração de decisões para casos complicados. Nessas hipóteses, os fundamentos servirão para revestir de legitimidade uma eventual condenação obrigando o Estado a reparabilidade dos danos. No caso brasileiro, a pesquisa realizada por Pinto (2008, p. 80) noticiou que são escassas as oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal fez uso dos fundamentos da responsabilidade civil estatal, tendo nas poucas vezes aderido aos ensinamentos da doutrina clássica.

Diante do exposto até aqui, não é difícil constatar que muitos foram os fundamentos teóricos utilizados nas doutrinas acerca da responsabilidade estatal. Dentre esses, tiveram maior repercussão aqueles que buscaram fundamentar a teoria objetiva no princípio da equidade, na ideia do risco, no princípio do enriquecimento ilícito e na ideia de segurança nacional. (BRUNINI, 1981, p. 30)

Não obstante atualmente se adotar a teoria objetiva, indispensável se mostra percorrer os diversos ensinamentos sedimentados pelas várias doutrinas, para ao fim arrancar o mais justo fundamento da responsabilização do Estado. Dito isso, inicia-se com a teoria subjetiva, cujo fundamento, para os juristas dessa corrente, seria a culpa. (BRUNINI, 1981, p. 50)

Criticada por inúmeros juristas, não demorou muito para que a comunidade jurídica começasse a rejeitar a noção de culpa. Nesse passo, doutrinadores procuraram resolver esse problema, gerando uma grande quantidade de fundamentos para a responsabilidade do Estado, o que acabou por desordenar toda a jurisprudência. (BRUNINI, 1981, p. 51)

Conforme Amaro Cavalcanti, mencionado por Brunini (1981, p. 53), a responsabilidade do Estado seria direta, encontrando seu fundamento no nexo de causalidade entre o ato estatal e o evento danoso e na lesão efetiva a um direito do administrado. Explica

ele que a responsabilização direta do Estado decorre do instituto da representação, para o qual o ente estatal seria responsável pelo ato lesivo praticado por seu preposto. Além disso, elucida Brunini que esse jurista “percebeu ser diferente a situação do Estado em caso de danos provenientes de atos ou fatos lícitos e em casos de danos provenientes de atos ou fatos ilícitos”.

Tomando por base o princípio da equidade, Otto Mayer *apud* Brunini (1981, p. 30) desenvolveu a teoria sobre o sacrifício, que pode ser interpretada como a obrigatoriedade de o Estado indenizar indivíduos sacrificados de forma especial em relação aos demais, quando verificado o nexo de causalidade entre o dano e o ente público.

Léon Duguit, referido por Brunini (1981, p. 30), tem que a segurança nacional seria o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. Assim, o Estado estaria obrigado a reparar sempre que um dano fosse suportado pelo administrado, independentemente de o serviço ter funcionado de forma normal ou anormal.

Diversa é a visão de Bandeira de Mello (2012, p. 1023), homenageando o administrativista pátrio Amaro Cavalcanti, o autor também biparte o fundamento da responsabilidade do Estado. Sustenta que o dever de reparação, em caso de comportamento ilícito comissivo ou omissivo, guarda correspondência com o princípio da legalidade. Já quando a hipótese for de conduta comissiva ilícita ou de comportamentos ilícitos, o dever de ressarcimento seria a contrapartida do princípio da igualdade. E examina:

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

O fundamento proposto pelo suprarreferido doutrinador é usado por Weida Zancaner Brunini (1981, pp. 55-56). Nas palavras dessa autora:

O princípio que fundamenta esse ressarcimento é o princípio da legalidade, mesmo porque a administração rege-se sob a égide da legalidade, não devendo dela apartar-se, sendo que, toda vez que o faça, deve arcar com as consequências; e toda vez que um administrado sofrer um dano anormal e especial, decorrente de atividade lícita da administração, e houver um nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o evento danoso, o Estado responde, mas é preciso que, realmente, o dano seja anormal e especial, pois, neste caso, o que fundamenta o ressarcimento é o princípio da igualdade dos administrados perante os encargos públicos.

Já Saad (1994, p. 56) expõe que o risco decorrente da atividade estatal seria o fundamento da responsabilidade civil do Estado por comportamento administrativo comissivo. Dissonante é a posição de Pinto (2008, p. 79) que, alicerçada em Delcros e Delcros, arrisca dizer que a culpa e o risco não podem ser considerados fundamentos, apenas condição para o reconhecimento de dever de ressarcir.

Maurício Zockum (2010, p. 62), por seu turno, considera que a responsabilidade patrimonial deflui do princípio republicano, que entre nós, edifica o Estado de Direito. Vai além, explanando que: “como o regime de responsabilidade é decorrência lógica do primado republicano, a responsabilidade patrimonial do Estado, tal como desenhada no art. 37, §6º, da Constituição da República, é cláusula pétrea”.

Os fundamentos jurídicos da responsabilidade objetiva do Estado foram tratados didaticamente pelo ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do RE 262651/51, impondo-se sua integral reprodução:

Primeiro, ao atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social, a Administração submete os seus agentes e também o particular a inúmeros riscos (maneja objetos perigosos, cria situações perigosas, etc.) Esses riscos são da essência da atividade administrativa e resultam da multiplicidade das suas intervenções, que são indispensáveis ao atendimento das diversas necessidades da coletividade. O risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da Administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do agente causador do dano. O segundo fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos. Para alguns autores, em especial os franceses, esse segundo fundamento englobaria o primeiro, de sorte que a obrigação imposta ao Estado de indenizar o particular em caso de dano a ele causado resultaria, em essência, do fato de que não seria justo que alguém suportasse sozinho os ônus decorrentes de uma atividade exercida em benefício de toda a sociedade. Aqui, o dever de indenizar a vítima advém não de um risco criado pela atividade estatal, mas de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo. Vale dizer, para cumprir a contento a sua missão de zelar pelo bem comum, a Administração necessita intervir em múltiplas esferas da vida econômica e social. Ao fazê-lo, cria situações que se traduzem em danos para algumas pessoas. O princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos vem em socorro dessas pessoas que sofrem os prejuízos decorrentes da ação estatal, fazendo com que os danos por ela sofridos sejam compartilhados por toda a coletividade. Esta, em apertada síntese, é a “*rationale*” da responsabilidade civil do Estado, recepcionada em toda a sua amplitude pela Constituição brasileira de 1988, que diz expressamente, no art. 37, § 6º, ser ela aplicável ao concessionário de serviço público.

Consigna Helena Elias (2008, pp. 82-83) que, diante da complexidade das relações na atual sociedade, não se mostra mais adequado fundamentar a responsabilidade

civil do Estado no risco administrativo. A doutrina estrangeira, continua a autora, tem reconhecido a antijuridicidade objetiva associada ao dever de proteção dos direitos fundamentais como principal fundamento da responsabilidade civil do Estado.

Essa constatação da doutrina estrangeira representa um significativo avanço doutrinário para a construção de fundamentos sólidos de uma teoria geral da responsabilidade estatal. Na opinião de Pinto (2008, p. 83), a noção de dano injusto confere coerência e harmonia ao sistema de garantias de responsabilidade civil do Estado, e, ainda, proporciona uma maior facilidade na elaboração do pleito indenizatório, bem como rapidez e segurança à própria prestação jurisdicional.

A noção de dano injusto tem recebido grande relevo, sendo possível dizer que, na atualidade, seria a figura central no estudo da responsabilidade civil do Estado. Ainda, essa noção, hodiernamente, é reconhecidamente imprescindível para a construção de uma teoria geral de responsabilidade civil estatal. Nas palavras de Helena Pinto (2008, pp. 120-121), o dano injusto “corresponde à junção da noção de dano com a de antijuridicidade objetiva, sob a ótica da equidade e da função social da responsabilidade civil. Trata-se do dano que não deve ser suportado pelo lesado ou, em outras palavras, é o dano a uma situação juridicamente protegida”.

Cuida-se de uma perspectiva contemporânea com ótica voltada para o princípio da juridicidade, e não mais para o da legalidade. Nesse novo panorama, a antijuridicidade objetiva é, ao mesmo tempo, fundamento e pressuposto para a configuração da responsabilidade do Estado. (PINTO, 2008, pp. 83-84)

1.3 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SEUS PRECEITOS NORMATIVOS ATUAIS

Parte da doutrina afirma que os requisitos da responsabilidade civil do Estado seriam três: dano, nexo de imputação e nexo de causalidade. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 1077; CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243). Já segundo Helena Elias Pinto (2008, p. 115) e José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 538) os pressupostos clássicos da responsabilidade objetiva do Estado seriam o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade.

Para Maria Sylvia (2009, p. 642), os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado são: a) ato lícito ou ilícito praticado por agente público; b) que esse ato cause dano específico e fora da normalidade; c) a presença de nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.

O dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, a depender do bem jurídico atingido. Pode-se dizer que dano é o prejuízo “resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada”. (NORONHA, 2010, p. 579)

Não é, porém, qualquer espécie de dano que ensejará a responsabilidade estatal, Cahali (2008, p. 78) sugere que a Administração Pública só deverá ser responsabilizada quando se tratar de dano “anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade”.

Aclara Diógenes Gasparini (2011, p. 1117):

O dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se for certo (possível, real, efetivo, presente – exclui-se, pois, o dano eventual, i. e., o que poderá acontecer), especial (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configuraria ônus comum à vida em sociedade), anormal (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), referente a uma situação protegida pelo Direito (incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidas, p. ex., os danos decorrentes da destruição de uma plantação de maconha) e de valor economicamente apreciável (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório).

O nexo de imputação para a responsabilidade civil estatal é a própria teoria do risco administrativo, fundamento da responsabilidade objetiva. De outra parte, o nexo de causalidade assume sua importância no momento em que impede que o Estado assuma a responsabilidade por todo e qualquer prejuízo causado ao particular. Não é demasiado lembrar, no entanto, que em ambas as relações, tanto de imputação, quanto de causalidade, afigura-se desnecessária e inadequada a tentativa de se investigar a culpa para a aferi-los.

Como se viu, hodiernamente, a responsabilidade do Estado enquadra-se entre os casos de responsabilidade objetiva previstos na legislação pátria. Na Constituição de 1988, a matéria veio disciplinada pelo o §6º do seu art. 37, o qual estabelece que: “As pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviço público

responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O exame desse dispositivo revela que duas regras foram por ele compreendidas: a da responsabilidade objetiva (risco) do Estado e a da responsabilidade subjetiva (dano) do funcionário. Passa, desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro a adotar ambas as teorias, na configuração da responsabilidade civil.

Diante desse quadro, segundo Zockum (2010, p. 24), duas figuras são imprescindíveis ao reconhecimento da responsabilidade objetiva estatal: a situação de fato que faz nascer o vínculo intersubjetivo entre os sujeitos de direito e o vínculo que, originado desse fato, une duas ou mais pessoas, obrigando a que umas recomponham patrimonialmente a esfera jurídica protegida de outras.

Di Pietro (2009, pp. 645-646) avalia que essa norma constitucional da responsabilidade objetiva exige: 1. que o ato lesivo seja cometido por agente de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público; 2. que as entidades de direito privado prestem serviço público; 3. que o dano causado a terceiro seja decorrente da prestação de serviço público; 4. que o dano seja provocado por agente das referidas pessoas jurídicas; 5. que, no momento do dano, o agente esteja no exercício de suas funções.

Alguns doutrinadores entendem que o Estado só é responsabilizado objetivamente se o dano decorrer de ato antijurídico, este não pode dever entendido como ato ilícito, tendo em vista que a licitude ou ilicitude do ato mostra-se irrelevante para fins de responsabilização objetiva. No entanto, de acordo com Maria Sylvia (2008, p. 647), a prática de ato antijurídico somente pode ser considerada pressuposto de responsabilidade objetiva, se for aquele ato entendido como “o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico”.

Para Fernando Noronha (2010, p. 493) a antijuridicidade é dado de natureza objetiva, “existe quando o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém”.

Considerando que os dispositivos infra-constitucionais devem coadunar-se com o preceito constitucional apresentado, o Código Civil de 2002, superando a redação do artigo 15

do Diploma Civilista de 1916 - art. 15. *As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano* -, perfilhou a teoria do risco administrativo, submetendo-se a modalidade objetiva, inserida no ordenamento jurídico nacional desde a Constituição de 1946.

O Código Civil de 2002 acolhe expressamente a teoria da responsabilidade objetiva no seu artigo 927, parágrafo único, do qual se extrai: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No que toca especificamente à responsabilidade estatal, estabelece o art. 43 do Novo Código Civil: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Do exame dessa norma, constata-se que, assim como a Carta Magna de 1946, houve menção expressa à pessoas jurídicas de direito público interno, o que não se verifica nos textos constitucionais posteriores à 1967, quando pela primeira vez verificou-se a supressão do qualificativo interno.

É interessante anotar que o atual Código Civil inicialmente trazia em seu texto essencialmente imputações de responsabilidade subjetivas, sendo raras as que pertenciam a modalidade não culposa. Todavia, ao longo do tempo, recebeu uma interpretação evolutiva, na qual suas hipóteses originalmente excepcionais tiveram considerável aumento. (DE CASTRO, 1997, p. 2)

A propósito, cabe destacar que o Código de Defesa do Consumidor também trouxe preceitos aplicáveis ao Estado. Seguindo os ditames constitucionais, adota a modalidade objetiva para a responsabilização por danos gerados pelo ente público. Traz no seu art. 3º que as pessoas jurídicas de direito público podem figurar como fornecedoras de

serviços, seja no polo ativo ou passivo, do que se pode deduzir, portanto, que o Poder Público submete-se a certos dispositivos do Diploma Consumerista.

Por todo o exposto, fácil deduzir que a relação entre os dispositivos constitucionais e infra-constitucionais encontram-se em perfeita harmonia ao se orientarem pela doutrina da responsabilidade objetiva.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

2.1 CONCEITO DE ATO OMISSIVO E TIPOS DE OMISSÃO

Ao comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão e produz consequências jurídicas denomina-se conduta. Assim, embora ação e omissão possuam sentidos antagônicos guardam, porém, um aspecto comum: são comportamentos humanos. A conduta seria o gênero que tem como espécies a ação e a omissão. Disso se extrai que a ação ou omissão configurariam o aspecto objetivo da conduta, sendo a vontade de produzi-la o seu aspecto subjetivo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24; PINTO, 2008, p. 116)

É evidente que as pessoas jurídicas não são providas de vontade em sentido próprio, somente o ser humano é titular de vontade. Desse modo, diferentemente do que ocorre no direito penal, explica Helena Pinto (2008, p. 116), os aspectos morais (interior) e materiais (exterior) não são forçosamente elementos essenciais da conduta administrativa. Isso porque:

O aspecto interior ou psíquico não precisa ser obrigatoriamente investigado ou descoberto na responsabilidade civil do Estado, porque não se exige a presença de dolo ou culpa para a configuração do dever de indenizar. Também porque se considera, do ponto de vista do lesado, a impessoalidade do agente público: não importa quem foi o autor da conduta, mas se houve comportamento de um agente público e um dano dele decorrente. **É fundamental, assim, no Direito Administrativo, o aspecto exterior da conduta, ficando em segundo plano o aspecto psíquico.** (grifou-se) (PINTO, 2008, p. 116)

Marçal Justen Filho (2009, pp. 1084 - 1085) sustenta que os atos omissivos distinguem-se dos comissivos, na medida em que, nestes últimos, a infração a certo dever é evidente. Segundo ele, o ato comissivo é materialmente incompatível com o dever geral de diligência, por tal motivo dispensa qualquer reflexão quanto ao aspecto subjetivo do agente. Tem-se o dever de evitar a prática de certos comportamentos, seja porque contrárias ao direito ou a valores fundamentais. Praticadas tais condutas, a atuação será julgada reprovável, prescindindo de qualquer perquirição acerca dos aspectos relacionados com a formação da vontade. Prossegue afirmando que com relação aos atos omissivos é forçoso estabelecer uma distinção. Existem hipóteses em que o ordenamento jurídico manda que o Estado aja. Se a lei estabelecer “é obrigatório fazer” e o sujeito não faz, resta configurada a omissão. Mas há

também a situação em que não há norma determinando o dever de agir, porém esse agir seria o meio para impedir que um resultado danoso (antijurídico) se consuma. É o caso, por exemplo, de um servidor público que deixa de sinalizar a existência de um defeito em uma via pública, que acaba ocasionando sinistros. Nesse caso, o dever de agir não decorre da lei, mas é inerente ao exercício da função pública.

A ação é, sem dúvida, a forma mais comum de exteriorização da conduta. Explana Cavalieri Filho (2010, p. 24) que, “fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer”. Consiste a ação em um comportamento positivo, facilmente observada nos mais diversos atos, como na depredação de determinado bem ou na lesão corporal causada em alguém. Ao passo que a omissão, forma menos comum de comportamento, tem como principal característica a inatividade. Na interessante definição de Vieira, *apud* Cavalieri Filho (2010, p. 24), omissão é aquilo que se faz não fazendo.

Se considerada a exatidão do termo, a omissão, enquanto atividade puramente negativa, não poderia ocasionar danos. Todavia, a conduta omissiva ganha relevo jurídico quando o omitente tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado. Esse dever pode decorrer de lei, negócio jurídico ou até de uma conduta anterior do próprio omitente que tenha criado a possibilidade da ocorrência do resultado danoso. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24)

No dizer de José Cretella Junior (1970, v. 8: 210):

A omissão configura a *culpa in omitendo* e a *culpa in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público, omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como o *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes, imprudente e até imperito. Negligente, se a solécia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades de concretização do evento. Em todos os casos, *culpa*, ligada à ideia de inação, física ou mental.

Nos casos em que há dever de agir, não impedir o resultado é permitir que a causa se opere. Significa dizer que o omitente colabora para a realização do evento, no momento em que deixa de agir ou não impede o resultado. No entanto, frisa-se que só será responsabilizado por omissão aquele que tiver o jurídico de agir, ou, ainda, que se encontrar em situação tal que o obrigue a impedir o resultado. Isso porque, se assim não fosse, qualquer omissão poderia ser

considerada relevante, levando todos a responder perante a Justiça. (CAVALIERI FILHO, 2010, pp. 24-25)

Parte da doutrina, inspirada nos conceitos de crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios do Direito Penal, diferencia as hipóteses de omissão estatal em: omissão específica e omissão genérica. Haverá omissão específica quando restar configurado um dever individualizado de agir. De acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 252), “verificar-se-á omissão específica quando o ente estatal, devendo impedir determinada situação, omite-se, permitindo a ocorrência do evento danoso”.

Configura exemplo de omissão específica a autorização, concedida por policiais rodoviários, para seguir viagem dada a motorista comprovadamente embriagado que, posteriormente, atropela e mata pedestre. Outro exemplo de omissão específica da Administração Pública se verifica na liberação, após vistoria, de veículo que, não tendo condições normais para o trânsito, causa um acidente. Em ambos os casos, conforme será demonstrado ao longo desse capítulo, haverá responsabilidade objetiva do Estado. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252)

Na omissão genérica não se verifica uma obrigação de agir decorrente de um dever específico. Assim, por exemplo, a Administração não poderá ser responsabilizada pelo fato de um motorista embriagado atropelar e matar pedestre, tampouco por um acidente que um veículo muito velho venha a causar por defeito de freio. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252)

Já Marçal Justen Filho (2009, pp. 1083 – 1084) classifica as condutas omissivas em: omissão própria e omissão imprópria. Dispõe que:

Os casos de ilícito omissivo próprio são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é obrigatório o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa de vontade. O agente omitiu a conduta obrigatória ou por atuar intencionalmente ou por formar defeituosamente sua própria vontade – a não ser que a omissão tenha sido o resultado intencional da vontade orientada a produzir uma solução conforme ao direito e por ele autorizada.

O grande problema são as hipóteses de ilícito omissivo impróprio, em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nesses casos, a omissão do sujeito não gera presunção de infração ao dever de diligência especial que recai sobre os exercentes de função estatal. Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente, se o atendimento ao dever de

diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano – então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil.

Ressalta-se que a distinção na classificação dos atos omissivos apresentada é apenas terminológica, as hipóteses de atos ilícitos omissivos próprios correspondem às omissões específicas e os casos de comportamentos ilícitos omissivos impróprios às omissões genéricas. Sem desconsiderar a classificação apresentada por Justen Filho, no presente capítulo adotar-se-á a divisão dos atos omissivos em genéricos e específicos, em razão de ser a mais utilizada pela doutrina e pela jurisprudência.

2.2 PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Os pressupostos clássicos da responsabilidade já foram explicitados em momento anterior. No entanto, cabe aqui destacar os requisitos que tem adotado a jurisprudência do STF:

[...] Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).[...] (RE 109615/RJ – Relator: Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 28/05/1996 – Primeira Turma – Publicação: DJ 02-08-1996).

Tratando-se de responsabilidade por omissão, há algumas peculiaridades a serem observadas, como, por exemplo, o requisito denominado de fato administrativo que, na omissão, nem sempre será identificado com facilidade.

Conforme Helena Pinto (2008, pp. 115-116), quando se fala em responsabilidade subjetiva, falar de fato administrativo ou de conduta é suficiente para configurar o primeiro requisito para a existência do dever de indenizar. Porém, quando se fala em responsabilidade objetiva, mostra-se mais adequado indicar o fato imputável ao Estado como pressuposto, uma vez que em muitos dos casos não há propriamente uma conduta, tal como ocorre quando na responsabilização por fato de coisa que se encontra sob a guarda ou sob a fiscalização da Administração Pública.

No primeiro momento, deve-se aferir a mera existência de um nexo de imputação abstrato entre o fato e o Estado. Sendo a responsabilidade decorrente de um comportamento comissivo, a imputação terá por base o fato de o agente público ser um preposto do Estado. Enquanto que, no caso de dano causado por omissão, a imputação decorrerá do que dispõe o ordenamento jurídico. (PINTO, 2008, p. 117)

Analisando o pressuposto do fato imputável ao Estado, constata-se que há dois elementos que compõem a expressão: o fato e o nexo de imputação. A compreensão dessa expressão é mais facilmente auferível quando se pensa na hipótese de um aluno de uma escola pública estadual ser agredido fisicamente por um colega de classe. No caso, a conduta danosa não foi praticada por um agente do Estado, mas sim por pessoa a ele alheia. Desse modo, o nexo de imputação será um elo que une abstratamente o fato lesivo ao Estado, e para aferi-lo, o ordenamento jurídico deverá contemplar a responsabilidade do Estado. Dito isso, elucida Helena Elias (2008, p. 117):

Tratando-se de caso de omissão, importa verificar se, em tese, o Estado pode ser considerado garantidor da proteção do bem jurídico que sofreu o dano. Trata-se de um elemento normativo, de modo que será encontrado a partir da análise do ordenamento jurídico como um todo, considerando-se não apenas as regras que ditam a obrigatoriedade de determinados comportamentos, mas também toda a principiologia aplicável à Administração Pública.

Outro requisito para a verificação da responsabilidade do Estado é a presença do dano. Pode-se dizer que o dano é a figura central no estudo da responsabilidade civil, pois não há dever de indenizar se não há dano. Para Pinto (2008, p. 118), o dano seria a extirpação ou diminuição de um bem jurídico que pode ter natureza patrimonial ou integrar a personalidade da vítima. Em síntese, dano é a lesão indenizável de um bem jurídico.

Verificada a ocorrência do fato administrativo e do dano deve-se buscar a relação de causa e efeito entre eles, isto é: o pressuposto do nexo de causalidade. Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 47) entende que o conceito de nexo causal decorre primeiramente de leis naturais. Entretanto, Helena Pinto (2008, p. 121) afirma que a insuficiência desse conceito naturalístico de causalidade é constatada, principalmente, nos casos de comportamento omissivo.

E, de fato, assim como no ocorre no Direito Penal, na seara do Direito Administrativo também não há sentido analisar apenas a causalidade naturalística nos casos de omissão. Sauer, citado por Bitencourt (2009, p. 265), assevera que, logicamente, “do nada

não pode vir nada”. A complexidade da investigação do nexo de causalidade na omissão é bem explanada pelo penalista Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 248):

Os *crimes omissivos próprios* são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, em obediência ao princípio da reserva legal, dos quais são exemplos característicos os previstos nos arts. 135, 244, 269, etc. Os *crimes omissivos impróprios*, por sua vez, como crimes de resultado, não tem *tipologia específica*, inserindo-se na tipificação comum dos crimes de resultado, como o homicídio, a lesão corporal, etc. Na verdade, nesses crimes ***não há uma causalidade fática mas jurídica***, onde o *omitente*, devendo e podendo, não impede o resultado. Com efeito, apesar de se tratar de crime material, o agente responde pelo resultado não por tê-lo causado, mas por não ter evitado sua ocorrência, estando juridicamente obrigado a fazê-lo, pois, nesses crimes, o *não impedimento*, quando possível, equivale, para o Direito Penal, a causar o resultado. Convém destacar, desde logo, que o *dever de evitar o resultado* é sempre um *dever* decorrente de uma norma jurídica, não o configurando deveres puramente éticos, morais ou religiosos. (grifo nosso)

Nesse sentido, conclui-se que o nexo de causalidade será um vínculo jurídico, ou melhor, um vínculo de caráter normativo entre o fato antecedente (fato imputável ao Estado) e o fato resultante (o dano). Provido de razão, Cavalieri Filho (2010, p. 47) assegura que o nexo de causalidade é pressuposto indispensável à configuração de qualquer espécie de responsabilidade civil.

Não há que se falar em responsabilidade com ausência de nexo causal, embora em muitos casos não haja propriamente um nexo de causalidade, como ocorre, por exemplo, em danos causados por atentados terroristas. O nexo de causalidade, nesse mencionado caso, estará presente entre o atentado terrorista (fato) e o dano, mas a legislação prevê um nexo de imputação entre o fato e o Estado, que possibilita a responsabilização do ente federativo.

Nessa linha, verificado o nexo de causalidade entre o fato imputável ao Estado e o dano, haverá o dever de indenizar. Sabe-se que na responsabilidade objetiva, bastará a prova desses três aspectos indicados. Mas para quem adota o sistema de responsabilidade subjetiva para solucionar os casos de omissão estatal, há um quarto requisito a se acrescentar: a culpa administrativa (falta do serviço ou culpa do serviço). (PINTO, 2008, p. 137)

2.3 A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS OMISSIVOS

2.3.1 A previsão constitucional

Previamente convém fazer um estudo analítico do dispositivo constitucional que disciplina a responsabilidade do Estado. O artigo 37 da Constituição estabelece que as pessoas

jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público serão responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros.

Pela leitura dessa norma, constata-se que não houve qualquer indicação de uma categoria específica de vínculo entre o agente e a pessoa jurídica. Por tal razão, Helena Pinto (2008, p 88) entende que o vocábulo “agente” mencionado no texto constitucional deve ser compreendido no seu sentido mais extenso, cingindo as categorias de agentes políticos administrativos (estatutários ou contratados), particulares em colaboração com a Administração (caso dos mesários convocados pela Justiça Eleitoral), e até estagiários, terceirizados e agentes voluntários.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, pp. 248-249) doutrina que o fato de estar desempenhando uma função estatal já é suficiente para qualificar o agente como público:

Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceder para designar genérica e indistintamente os sujeitos que sirvam ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista das distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitos, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 250) comenta a extensão do termo:

O termo *funcionário*, que constava do texto das Constituições anteriores, que tanto questionamento ensejou, foi substituído pelo vocábulo *agente* no §6º do art. 37 da Constituição. O termo não era apropriado porque “funcionário”, em seu sentido técnico, é somente aquele que ocupa cargo público, sujeito ao regime estatutário. Já então prevalecia o entendimento de ter sido o termo empregado em sentido amplo, para indicar *servidor* ou *agente público*, isto é, todo aquele que era incumbido da realização de algum *serviço público*, em caráter permanente ou transitório. A Constituição atual, por conseguinte, ao utilizar o vocábulo *agente*, deu guarida a esse entendimento doutrinário, deixando claro que a responsabilidade do Estado subsistirá ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura. (grifo no original)

Da doutrina de Bandeira de Mello (2012, p. 249) extrai-se que nem mesmo o vício de legalidade na investidura descaracteriza a qualidade de agente público em relação a terceiros para fins de responsabilização do Estado:

De passagem, anote-se que o defeito invalidante da investidura de um agente não acarreta, por si só, a invalidade dos atos que este praticou. É a conhecida teoria do “funcionário de fato” (ou “agente público de fato”). “Funcionário de fato” é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção da legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.

Não se mostra necessário, posiciona-se Hely Lopes Meirelles (2011, p. 551), saber qual a categoria do vínculo que o agente causador do dano tem com a Administração, basta que tal agente esteja a serviço do Poder Público, ainda que atue fora ou além de sua competência. Esclarece, ainda, que o abuso do exercício das funções por parte do agente não elide a responsabilidade do Estado.

Já na Constituição de 1946 o dispositivo constitucional que previa a responsabilidade do Estado mencionava que os agentes causadores do dano devem estar agindo nesta qualidade. As constituições posteriores não retiraram essa observação de seus textos, sustentando-se até hoje a regra de que o preposto deve estar no exercício das suas funções para a responsabilidade do Estado restar configurada.

Entretanto, Helena Pinto (2008, p. 89) chama a atenção para a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 135.310-4, em que foi relator o Min. Maurício Corrêa, pois neste se decidiu que o Estado teria o dever de indenizar quando o servidor público, não estando a serviço, utiliza-se de arma pertencente ao Estado para causar dano ao particular. Apresenta outros casos em que a regra da responsabilidade do Estado foi flexibilizada, isto é, imputou-se ao Estado a responsabilidade por danos que não foram diretamente provocados por um preposto, como, por exemplo, o caso em que o Estado do Paraná foi condenado a indenizar o dano causado por uma colisão de veículos, na qual um dos carros envolvidos pertencia a um órgão público, porém não conduzido por agente público (STF - RE 76957-PR. Min. Relator Bilac Pinto). Neste caso, entendeu-se que não havia qualquer informação de que o empréstimo havia sido autorizado, tampouco havia previsão legal para tanto, e que, por isso, era de se presumir que, no momento do abalroamento, o veículo estivesse sendo dirigido por um representante do Estado, acarretando, por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado.

O dispositivo constitucional que disciplina a responsabilidade do Estado estabelece que poderá haver responsabilidade estatal pelos prejuízos causados a terceiros. A palavra “terceiros”, conforme Helena Pinto (2008, pp. 93-99), recebe um sentido amplo, abrangendo, de modo geral, todas as pessoas e serve para distinguir a responsabilidade extracontratual da contratual, uma vez que nesta não há terceiros, apenas as partes contratantes. Ademais, o vocábulo “terceiro” indica não apenas as pessoas jurídicas privadas, mas também outras pessoas administrativas. Compreende tanto as pessoas físicas não integrantes da Administração, como os próprios agentes estatais eventualmente lesados.

Cavaliere Filho (2009, p. 251) pondera que o vocábulo terceiro indica alguém com quem o Estado não possui vínculo jurídico preexistente. Logo, conclui ele, o art. 37, §6º, da CF, só é aplicável aos casos de responsabilidade extracontratual do Estado. Não pode ser aplicado aos casos de responsabilidade contratual, porque quem contrata com a Administração possui com ela uma relação jurídica, não podendo ser considerado terceiro.

Não há controvérsia acerca da aplicabilidade deste art. 37, §6º, da CF, às condutas comissivas, tampouco acerca do acolhimento da teoria objetiva. Muito se discute, contudo, quanto à viabilidade da aplicação desse dispositivo, e, conseqüentemente, da corrente objetivista aos comportamentos omissivos. Essa questão é ainda bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência, merecendo algumas considerações.

Viu-se que o Estado pode causar danos a particulares por ação ou omissão. Quanto à configuração da responsabilidade por atos comissivos, parece ter restado claro que bastará a observância dos requisitos previstos do art. 37, §6º, da CF, e dos pressupostos comuns a todo e qualquer caso de responsabilidade civil objetiva. O problema reside em saber quando restará configurada a responsabilidade civil por omissão que ensejará ao Estado o dever de reparar os prejuízos. Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, pp. 59), a configuração da responsabilidade por omissão depende de um dever jurídico preexistente de praticar determinado fato (de não se omitir) e da demonstração de que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. Explica que esse dever jurídico de agir pode decorrer de imposição legal, resultar de convenção ou ainda da criação de alguma situação especial de perigo.

Helena Elias Pinto (2008) verificou a ocorrência de três diferentes posições na discussão referente à aplicabilidade do art. 37, §6º, da CRFB às condutas omissivas. Essa

dissonância está representada pelas correntes: subjetivista, dentro da qual se insere a teoria da culpa presumida, objetivista e mista.

Na doutrina pátria, grande parte dos autores defendem a adoção da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão. Adepto da teoria subjetivista, Saad (1994, p. 67) entende que a teoria do risco revela-se adequada apenas para os atos comissivos do Estado. Sua aplicação às hipóteses de atos omissivos importaria em um aumento desenfreado dos casos de responsabilidade do Estado. Por isso, tratando-se de comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, dependente de atuação dolosa ou culposa.

Seguindo essa linha, leciona Saad (1994, p. 68) que nos casos de omissão deve-se aplicar a teoria da falta do serviço. Nesta, a identificação de uma culpa individual é dispensável, bastando para a configuração da responsabilidade do Estado, a demonstração de que o serviço não funcionou, funcionou mal ou atrasado (culpa administrativa). Evoca, Celso Antônio (2012, pp. 1030-1031), que, entretanto, é incabível responsabilizar o Estado se, mesmo prestando o serviço de forma organizada e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso produzido por força alheia.

Dito fato danoso pode ter origem na própria natureza ou se revestir no comportamento prejudicial de alguém, não havendo, em nenhuma das duas hipóteses, a necessidade de identificar o funcionário faltoso, mas tão-somente de indicar a omissão do serviço. O Poder Público responderá em ambos os casos, por culpa ou dolo. (SAAD, 1994, p. 68)

Igualmente Odete Medauar (2009, pp. 380-381) considera prescindível a identificação dos agentes causadores dos atos ou omissões danosas, para que haja responsabilidade da Administração. E afirma:

Nas hipóteses de danos oriundos de agentes não identificados ou oriundos de falhas em máquinas, aparelhos, equipamentos (fato das coisas), sem possibilidade de atribuição a agente algum, ainda assim a Administração arca com o ressarcimento do dano – por exemplo: granada esquecida em campo de manobra que explode e fere transeunte.

Advogando pela aplicabilidade da teoria subjetiva nos casos de omissão, Diogenes Gasparini (2011, p. 1115) recorda que embora as teorias da responsabilidade objetiva do Estado e do risco administrativo constem como as mais modernas na evolução das

teorias da responsabilidade civil do Estado, não é certo considerar que a doutrina objetivista é a única em vigor no cenário jurídico dos Estados. O que se verifica no atual cenário é a coexistência de teorias objetivistas e subjetivistas. Nas palavras de Gasparini:

Em todos os estados acontecem ou estão presentes as teorias da culpa administrativa e do risco administrativo, desprezadas as da irresponsabilidade e do risco integral. Aquela (culpa administrativa) se aplica, por exemplo, para responsabilizar o Estado por danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, em que o Estado indeniza se tiver se omitido em comportamentos impostos por leis; quando há o dever legal de agir e o Estado se omite. Esta, a do risco administrativo, nos demais casos, onde há uma ação do Estado.

Também se opondo à corrente objetivista, Maria Sylvia (2009, p. 651) afirma que para o Estado responder por omissão, deve haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A culpa seria parte indissociável da ideia de omissão. Dessa maneira, diz Carvalho Filho (2009, p. 538), a responsabilidade civil do Estado, nos casos de conduta omissiva, só se desenhará quando estiverem presentes os elementos caracterizadores da culpa. Disso, deduz que nas hipóteses de omissão estatal a teoria objetiva não tem absoluta aplicabilidade.

Com relação às condutas omissivas, manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 538) no sentido de que será preciso diferenciar se a omissão pode ser considerada fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Desse modo, não há que se falar em responsabilidade estatal quando a omissão não retratar uma negligência estatal, o Estado só será responsável quando se omitir frente a um dever legal de impedir a ocorrência do dano. Não se distanciando da opinião de Carvalho Filho, Di Pietro (2009, p. 651) ensina que:

A dificuldade da teoria diz respeito à possibilidade de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano.

Significa dizer que é incabível responsabilizar a Administração por um comportamento omissivo que não poderia ser dela exigido por extrapolar os limites de seus aparatos e ir de encontro com o princípio da razoabilidade. No entanto, se a Administração detinha condições de evitar o evento danoso, mas, sem motivo algum, não o fez, deve ser responsabilizada por sua desídia, seguindo as regras da responsabilidade subjetiva. Sendo assim, as hipóteses omissivas devem ser analisadas caso a caso para que não haja afronta ao princípio da razoabilidade.

Diante da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Helena Elias Pinto (2008, pp. 156-161) constatou que as diversas correntes doutrinárias nacionais refletem-se nas decisões da Corte. Demonstra que, no período compreendido entre 1946 e 2006, a corrente subjetivista foi a mais aplicada pelo STF para os casos de responsabilidade civil por omissão. No entanto, a maior parte desses acórdãos pertencem à período anterior à Constituição Federal de 1988, o que significa dizer que o peso de tal corrente era maior na tradição da jurisprudência do STF do que no contexto atual. Após o advento da Constituição da República de 1988, o número de casos julgados em que a responsabilidade objetiva foi adotada supera aqueles que tiveram por fundamento a responsabilidade subjetiva.

Observa-se, consoante Helena Elias (2008, p. 161), que há uma clara tendência de que o entendimento predominante na jurisprudência do STF não mais se oriente pela corrente subjetivista. A autora (2008, p. 75), utilizando-se da lição de Ricardo Lorezetti, menciona que a responsabilidade civil baseada na culpa “se assemelha a um edifício dotado de portas difíceis de serem abertas”, pois somente quem obter êxito na demonstração de culpa irá ser ressarcido. E essa dificuldade enfrentada pelo lesado aumenta à medida que necessita buscar um bom advogado, provas, e estar diante de danos que resultem de condutas suscetíveis de um juízo.

Mostra-se forçoso ressaltar que não há dispensa da prova do nexo de causalidade na teoria do *faute du service*. O Supremo Tribunal Federal vinha adotando a teoria do dano direto e imediato – também denominada teoria da interrupção do nexo causal – para a aferição do nexo de causalidade nos casos de responsabilidade estatal por omissão. Lembra Meirelles (2011, p. 706) que a ausência do nexo de causalidade também exclui a responsabilidade estatal. Aludida teoria encontra-se bem sedimentada no julgamento do RE 130.764, citando Agostino Alvim, consignou-se que “só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim: ‘os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis’”. (DI PIETRO, 2009, p. 652)

Esse posicionamento vem se alterando, caminha para uma ampliação no campo da responsabilidade do Estado, que independe da aplicação da teoria do dano direto e imediato.

O STF em dois julgados, pelo menos, já demonstrou marchar nesse sentido. No primeiro caso, admitiu-se a omissão do Estado em cumprir a Lei de Execuções Penais como causa suficiente para responsabilizá-lo pelo crime de estupro cometido por fugitivo de penitenciária. No segundo caso, o STF reconheceu a responsabilidade estatal por danos ocorridos pela ausência de policiamento ostensivo em local de alta periculosidade. (DI PIETRO, 2009, pp. 652-653)

Discute-se, hodiernamente, a possibilidade de unificação do tratamento das hipóteses de ação e omissão com base na culpa presumida. A teoria da culpa presumida é sustentada por Marçal Justen Filho (2009, p. 1081). Segundo ele a responsabilidade civil do Estado é sempre subjetiva, tanto nos casos de ação como de omissão, estando objetivado apenas o elemento subjetivo. Afirma que:

[...] o reconhecimento de uma concepção objetivada de culpa permite identificar a própria “ilicitude” na conduta estatal. Tradicionalmente, reputa-se que o exercício pelo Estado de suas competências insere-se no campo da licitude, afastando a responsabilização civil. Assim não é, uma vez que haverá ilicitude quando, no exercício de suas competências legítimas, o Estado deixar de adotar as cautelas inerentes ao dever de diligência. O critério de identificação da ilicitude da atuação estatal reside não apenas na infração objetiva aos limites de suas competências e atribuições, mas também na observância e no respeito às cautelas necessárias e indispensáveis para evitar o dano aos interesses legítimos de terceiros. [...] O ponto fundamental reside na ausência de infração a um dever de diligência estatal. Trata-se da qualificação da conduta omissiva estatal, qualificação essa realizada em vista do dever objetivo de diligência. Daí se afirmar que toda a ação ou omissão imputável ao Estado, que configure infração ao dever de diligência no exercício das competências próprias, gerará a responsabilização civil se produzir ou der oportunidade a dano patrimonial ou moral a terceiro.

Reconhecidamente detentora de certos méritos, essa construção teórica, porém, não resolve o impasse referente à melhor interpretação do art. 37, §6º, da Constituição da República. Além disso, adotar o critério de culpa presumida significaria um verdadeiro retrocesso em relação ao sistema de responsabilidade objetiva. (PINTO, 2008, p. 167)

Autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Guilherme Couto de Castro e Sérgio Cavalieri Filho filiam-se, segundo Helena Elias Pinto (2008, pp. 173-178) a uma corrente mista, a qual admite casos de responsabilidade subjetiva e casos de responsabilidade objetiva na omissão.

Guilherme Couto de Castro (1997, pp. 56-57) assevera que pela leitura do art. 37, §6º, da CF, pode-se deduzir que a responsabilidade objetiva decorre da ação administrativa, e da omissão ligada a dever específico de agir. Assegura que não poderia ser diferente, pois se

fosse, ao Estado incumbiria resguardar boa parte dos riscos inerentes à vida em sociedade, conduzindo, então, para a adoção da teoria do risco integral.

Castro (1997, p. 57) considera importante limitar a imputação sem falha no campo do risco administrativo. Diz que haveria duas possibilidades de responsabilização: ou o ente público praticou ato ilícito, justificando-se a indenização por ser contrário à lei; ou não há ato ilícito e o fundamento da indenização encontra-se na repartição do ônus entre toda a coletividade (teoria do risco administrativo). Por esses motivos:

Daí não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.

Consoante Cavalieri Filho (2010, p. 252), o ponto nevrálgico da questão da responsabilidade estatal por omissão é exatamente saber diferenciar omissão genérica da omissão específica. Para a corrente mista, a responsabilização objetiva nos casos de comportamento omissivo terá cabimento se o Poder Público possuía a obrigação legal de evitá-los. Isto é, o Estado responderá objetivamente por omissão quando devendo agir, permaneceu inerte (omissão específica). Da mesma forma, a imputação objetiva será plausível naqueles casos em que o Estado tenha efetivamente causado (conduta comissiva) os danos.

Ainda, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1029) que a responsabilidade do Estado por atos omissivos é sempre responsabilidade por conduta ilícita. E, sendo responsabilidade por ato ilícito, é obrigatoriamente subjetiva, porque “não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”.

Embora defensora da teoria subjetivista, Di Pietro (2009, p. 651) pensa que, nos casos de omissão, a conduta tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado, diferentemente dos casos de comportamentos comissivos em que a responsabilidade incide tanto nas hipóteses de atos lícitos quanto ilícitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1029) prossegue explanando que para a configuração da responsabilidade estatal é necessário mais do que a mera relação entre a ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido, é necessário que o Estado tenha cometido uma ilicitude. Com efeito, aduz:

Inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que seja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

Para a apuração do que seria esse padrão normal de eficiência do serviço, deve-se observar, diz Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1030), as possibilidades reais médias em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, culpa, econômico e da conjuntura da época. A observância do modo como o Estado procedeu em casos e situações análogas, o nível de expectativa da sociedade e o nível de expectativa do próprio ente em relação ao serviço também podem servir como indício dessas possibilidades.

Explicitou-se que o Estado pratica ato ilícito por omissão – quando não faz o que tinha por dever fazer – e por comissão – quando faz o que não deveria fazer, como exemplo deste último, pode-se citar a troca de tiros da polícia com traficantes que acidentalmente acaba atingindo um transeunte. O ato ilícito, de acordo com Sérgio Cavalieri (2010, pp. 251-252), não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo da culpa. Explica que há ato ilícito em sentido lato, o qual seria uma simples contrariedade entre a conduta e o dever jurídico fixado pela norma, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva (hipóteses de condutas comissiva e omissiva específica). Já o ato ilícito em sentido estrito é aquele previsto no art. 186 do Código Civil (*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*), cuja observância se dará juntamente com a culpa, auferível nos casos de omissão genérica.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, pp. 1033-1034), os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade por atuação insuficiente são:

1. fato da natureza a cuja lesividade o Poder Público não obistou, embora devesse fazê-lo. Sirva de exemplo o alagamento de casas ou depósitos por força do empoçamento de águas pluviais que não escoaram por omissão do Poder Público em limpar os bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão;

2. comportamento material de terceiro cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo. Cite-se, por exemplo, o assalto processado diante de agentes policiais inertes, desidiosos.

Nesses casos de “falta de serviço” deve-se admitir uma presunção de culpa do Poder Público para evitar que o lesado fique em posição extremamente frágil ou desprotegida, considerando a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de demonstrar que o serviço funcionou abaixo dos padrões. Em outros termos, nos casos de responsabilidade por omissão em que a responsabilidade é subjetiva, deve-se considerar, frisa-se, uma presunção de culpa que exime o lesado de provar a existência de culpa ou dolo. Ressalta-se, contudo, que tal presunção não converte a responsabilidade por comportamentos omissivos em responsabilidade objetiva. Assim, provando o Poder Público que não houve omissão culposa ou dolosa, ficará elidida sua responsabilidade, o que não ocorreria na imputação objetiva. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, pp. 1031 e 1033)

Ainda que filiados a correntes diversas, Di Pietro (2009, p. 652) acolhe a lição de Celso Antônio, reputando a existência de uma presunção de culpa do Poder Público nos casos de responsabilidade subjetiva por omissão:

O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade.

Não é difícil perceber que a diferença entre as teorias da responsabilidade subjetiva e mista consiste na possibilidade de, nesta última, haver a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de omissão específica. Os danos provocados por omissão genérica dependem da comprovação de conduta culposa, tal como ocorre na teoria subjetivista. Enquadram-se aqui, na categoria de omissão genérica, os acontecimentos decorrentes de fatos da natureza, atos de terceiros e eventos multitudinários. Por oportuno rememora-se que a teoria subjetiva não diferencia os atos omissivos específicos dos genéricos, concedendo tratamento igual a ambas as hipóteses, ou seja, não admitem a responsabilidade objetiva em nenhuma hipótese de atuação omissiva.

Segundo o já citado doutrinador Bandeira de Mello (2012, p. 1031), conferir solução diversa aos casos de omissão conduziria a absurdos. É que:

Em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o “serviço não funcionou”. A admitir-se a responsabilidade objetiva

nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 1031)

Gustavo Tepedino (1999, p. 210), seguidor da corrente objetiva para os casos de omissão estatal, desfere crítica acerca de tal entendimento, contrapondo os seguintes argumentos:

Nem se objete que tal entendimento levaria ao absurdo, configurando-se uma espécie de panresponsabilização do Estado diante de todos os danos sofridos pelos cidadãos, o que oneraria excessivamente o erário e suscitaria uma ruptura no sistema de responsabilidade civil. A rigor, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado comporta causas excludentes, que atuam, como acima já aludido, sobre o nexo causal entre o fato danoso (a ação administrativa) e o dano, de tal sorte a mitigar a responsabilização, sem que, para isso, seja preciso violar o texto constitucional e recorrer à responsabilidade aquiliana. Aliás, conforme já asseverou o Supremo Tribunal Federal, “a responsabilidade objetiva do Estado não importa reconhecimento da teoria do risco integral, admitindo-se, para excluí-la, a prova do comportamento doloso ou culposos da vítima”.

Acompanhando o entendimento doutrinário de que a responsabilidade estatal é objetiva tanto por ato comissivo como omissivo, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 703) aduz que se mostra essencial apenas verificar se foi um agente da Administração que praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Para ele, não há importância em saber se ação ou omissão foi perpetrada dentro do exercício de suas funções, basta saber, simplesmente, se o representante estava ostentando a qualidade de agente público.

O grande mérito de aplicar a corrente objetivista a qualquer que seja o tipo de conduta estatal – ação ou omissão – é a simplificação da atuação dos operadores do Direito. Isso tem por reflexos diretos o favorecimento do amplo acesso à Justiça e maior efetividade das prestações jurisdicionais. (PINTO, 2008, p. 173)

Ricardo Lorenzetti, citado por Helena Pinto (2008, p. 75), considera que a imputação objetiva expande o campo de reparação, uma vez que não somente aqueles que comprovem a culpa poderão obtê-la, “mas também aqueles que não estejam em condições de fazê-lo, seja por insuficiência de meios, ou porque tenham sido prejudicados por coisas ou atividades perigosas”.

Ocorre que, na atualidade, adotar a responsabilidade objetiva não solucionaria o problema dos casos em que o comportamento omissivo estatal é apontado como a causa do dano. Nas hipóteses de omissão, a causa direta do dano sempre será um fator que ocorrerá em paralelo à omissão estatal. Disso emana a necessidade de aprimorar a identificação dos critérios que fundamentam o dever de indenizar atribuído ao Estado. (PINTO, 2008, p. 79)

Já se disse que a jurisprudência da Suprema Corte filiou-se à corrente subjetivista até o fim da década de 80. A partir da década de 90, houve uma real mudança em matéria de teoria adotada pela jurisprudência para os casos de responsabilidade civil do Estado por omissão.

As divergências doutrinárias no tocante à responsabilidade do Estado por omissão ecoam nos julgados do STF. Mas pode-se constatar a existência de duas teses com forças relativamente equivalentes: a da responsabilidade objetiva, amparada no art. 37, §6º, da Constituição Federal, e a da responsabilidade subjetiva, com fundamento na culpa anônima ou administrativa. A corrente mista não tem sido empregada expressamente, pois nos votos não se identifica uma preocupação em sistematizar a questão jurídica, busca-se apenas a solução do litígio. (PINTO, 2008, p. 178)

Para Helena Pinto (2008, p. 178), a ausência de uniformidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tratamento dado ao tema gera insegurança para os jurisdicionados. Insegurança essa, nascida já na dificuldade de elaboração da petição inicial, que, posteriormente, repercute na imprevisibilidade dos julgamentos e nas enormes quantidades de recursos interpostos baseados em dissonantes doutrinas e jurisprudências.

Di Pietro (2009, p. 651) vê uma clara tendência para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado nos casos de omissão. Entretanto, diante da pesquisa realizada, a aplicabilidade da corrente mista para os casos omissivos revelou-se a mais adequada. Constatou-se que, embora não haja menção expressa na jurisprudência da Suprema Corte, existem vários julgados que são guiados por essa teoria. Por fim, cumpre dizer que o dispositivo constitucional, tendo adotado indubitavelmente a responsabilidade objetiva, não abarcou todas as hipóteses de omissão, logo sua aplicação deve ser restrita aos casos de comportamento comissivo do Estado e aos casos de omissão específica. No tocante às omissões genéricas, ou seja, naqueles casos em que não havia um dever individualizado e específico de agir, deverá ser aplicada a teoria subjetiva (*faute du service*), a qual dependerá, portanto, do requisito da culpa administrativa.

2.3.2 A responsabilidade subjetiva estatal pela prática de atos omissivos no Código Civil de 1916

No projeto primitivo do Código Civil Brasileiro, elaborado por Clóvis Bevilacqua, a responsabilidade civil do Estado vinha disciplinada no art. 42, contendo os seguintes termos: “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos causados por seus representantes: 1º. Quando estes obrarem no exercício da porção de poder público que lhes é confiado, se a lei não tiver determinado, para o caso, a simples responsabilidade do funcionário; 2º. Quando, em nome delas praticarem atos de direito privado, dentro dos limites de suas atribuições”.

Em seguida, no título *das obrigações resultantes dos atos ilícitos*, estabelecia o art. 1.647: “A responsabilidade da União, dos Estado e dos Municípios, a que se refere o art. 42, nº. I, pode provir da omissão do funcionário no cumprimento de deveres, que lhe incumbem, ou do mau uso da porção do poder público que lhe é confiado por outrem pode repetir”.

Com relação às penas em que incorre o credor, que cobra dívida não vencida, ou inexistente, ou já paga no todo ou parcialmente, sem ressaltar o recibo (arts. 1.652-53 do Projeto), dispunha o art. 1.654: “As penas cominadas nos dois artigos antecedentes são também aplicáveis à Fazenda Pública, sempre que promover cobrança indevida, salvo seu direito regressivo contra os seus agentes ou representantes, culpados por prevaricações, abuso de poder ou falta de exação no cumprimento dos respectivos deveres”.

O art. 42, após revisão pela Comissão do Governo, passou a ter a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos causados por seus representantes: 1º. Quando estes agirem no exercício de suas funções, exceto se praticarem abusos ou omissões, pelos quais serão os únicos responsáveis; 2º. Quando em nome delas praticarem atos de direito privado, dentro dos limites das suas atribuições”.

Sem muito esforço pode-se extrair da leitura dos suprarreferidos dispositivos que a omissão dos prepostos do Estado não dava azo à sua responsabilização. Prudentemente, porém, tal restrição foi retirada do texto aprovado ao final, adotando a responsabilidade estatal também nos casos de omissão. Sobreleva-se que já no art. 1.654 do projeto primitivo positivou-se a possibilidade de ação regressiva contra os agentes ou representantes do Estado,

quando verificada a culpa na falta de exação no exercício de seus deveres. Esse consolidado entendimento ainda hoje se encontra presente no Código Civil em vigor.

A Comissão suprimiu o disposto no citado art. 1.647 do Projeto Bevilaqua, mantendo o art. 1.654, que teve seu texto inserido no art. 1.826. Todavia, o projeto que fora aprovado pela Câmara de Deputados, trouxe apenas a seguinte disposição acerca da matéria (art. 15): “As pessoas jurídicas de direito público só responderão pelos danos causados por seus representantes, quanto estes, em nome delas, praticarem atos de direito privado dentro dos limites das suas atribuições”. Retirou-se do título *das obrigações resultantes de atos ilícitos* qualquer referência às pessoas de direito público. (CAVALCANTI, 1957, p. 620)

Segundo Amaro Cavalcanti (1957, p. 620), o dispositivo aprovado para regular a matéria da responsabilidade estatal apresenta-se bastante restritivo e incompleto. Além disso, a redação demonstra claramente a vontade de se implantar no Código Civil, a teoria dos atos de império e atos de gestão, de modo a tornar o Estado responsável somente pelos danos decorrentes dos últimos. Visivelmente, a emenda proposta pela Câmara piorou a regulamentação do assunto, pois essa teoria não satisfaz os interesses da justiça. O Projeto-Beviláqua encontrava-se assentado em bases mais sólidas de razão e justiça.

Ao participar dos trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Amaro Cavalcanti (1957, p. 620) pretendia que a responsabilidade civil do Estado restasse clara e definida em certos casos. Tendo isso em vista, propôs à Comissão o seguinte aditivo: “A Fazenda Pública responde pelos atos de seus representantes ou funcionários, segundo o disposto no art. 15, nos seguintes casos: 1º. quando se der a lesão de um direito privado efetivamente adquirido nos termos do art. 3º. deste código; 2º. quando a administração faltar à fé dos contratos, ou os romper no todo ou em parte; 3º. Quando em consequência de medidas puramente administrativas, ou do estabelecimento e execução de serviços e obras públicas em geral, inclusive as de operações militares, resultar dano à propriedade particular; 4º. quando, na guarda de bens ou valores, ou na gestão de e exploração de serviços de natureza industrial, a administração pública assumir os riscos e perigos que lhes são peculiares”. No entanto, esse aditivo não foi aceito pela Comissão.

Antes do advento da Constituição de 1946, era o Código Civil de 1916 que regulava a responsabilidade do Estado. O art. 15 da antiga lei civil restou assim aprovado: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus

representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

A redação ambígua desse dispositivo ensejou alguma dissidência entre os intérpretes. Alguns, inspirados nas ideias que predominavam na França e em outros países europeus, começaram a vislumbrar o surgimento da responsabilidade objetiva do Estado, ao passo que outros sustentavam que a norma consagrava a norma da responsabilidade subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 245; CARVALHO FILHO, 2009, p. 524)

É interessante lembrar que a conduta subjetiva não decorre apenas da prática de uma conduta, nem do simples fato lesivo. Impõe, ainda, que haja uma conduta reprovável, passível de um juízo de censura. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 25)

No entender de Carvalho Filho (2009, p. 524):

A norma exigia a prova da culpa. Os pressupostos aí consignados – o procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito por lei – revelavam que a responsabilidade estatal não se configuraria diante de fatos lícitos, mas, ao contrário, só diante de atos culposos. Se alguém agisse contrariamente ao direito ou faltasse a dever legal, sua conduta seria necessariamente culposa.

Na mesma orientação, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 701) entende que o dispositivo civilista consagrou a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Compartilhando desse entendimento, Cavalieri Filho (2010, p. 245) o justifica:

Tanto é assim que fala em representantes, ainda ligado à ideia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões “procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei” não teriam sentido se não se referissem à culpa do funcionário.

Em meio às discussões doutrinárias, foram proferidas decisões onde ficou nitidamente esboçado o alcance da teoria do risco administrativo. Antes mesmo que houvesse previsão legal específica, a jurisprudência já considerava a possibilidade de responsabilização sem culpa em determinados casos de atuação lesiva do Estado. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 245; MEIRELLES, 2011, p. 701)

Na Constituição Federal de 1946 alterou-se a redação da norma que regulava a matéria. Os termos do seu art. 194 ficaram assim assentados: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

Confrontando esse artigo com o texto do art. 15 do Diploma Civilista de 1916, ver-se-á que deixaram de constar na norma os pressupostos que revelavam a adoção da responsabilidade subjetiva ou com culpa, quais sejam: conduta contrária ao direito e inobservância do dever legal. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 526)

Na esteira de tais considerações, aplicava-se, na responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, o artigo 15 do Código Civil, que se encontrava, portanto, em vigor, quanto aos atos omissivos, prevalecendo, com relação aos atos comissivos, a responsabilidade objetiva da Constituição Federal. (SAAD, 1994, p. 68)

2.3.3 As disposições do Código Civil de 2002

A regra do ordenamento jurídico é a responsabilidade subjetiva. Tratando-se, contudo, de responsabilidade estatal a regra é responsabilidade objetiva. Conforme Carvalho Filho (2009, p. 539), as condutas estatais omissivas fogem à essa regra, colocando o Estado na posição comum a todos, vale dizer, quando se tratar de omissão, sua responsabilização se dará por culpa.

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil, merece destaque na exigência do elemento culpa para a responsabilização do Estado por condutas omissivas. Dito dispositivo estabelece que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, indicando que a responsabilidade sem culpa pressupõe referência expressa da legislação. (CARVALHO FILHO, 2009, pp. 538-539)

O art. 43 do Código Civil, juntamente com o art. 37, §6º, da CRFB, não abarcaram em seus textos as condutas omissivas do Estado. Dessa forma, a melhor interpretação é no sentido de que são aplicáveis apenas aos comportamentos comissivos e que só haverá responsabilização do Estado sobre as condutas omissivas, consoante a lição de Carvalho Filho (2009, p. 539), quando restar demonstrada a presença de culpa.

Vê-se claramente que Carvalho Filho é defensor da teoria subjetiva, corrente com a qual não se filia o presente trabalho, pois, já se disse, entende-se que nem sempre a

responsabilidade por omissão será subjetiva. Todavia, faz-se mister reconhecer que o atual Código Civil encontra-se em perfeita consonância com a vigente Constituição, até porque houve praticamente uma reprodução do dispositivo constitucional, diferindo apenas por não ter incluído em seu texto as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Nesse sentido, segundo Carvalho Filho (2009, p. 539), não há dúvidas de que tanto o art. 43 do novo Código quanto a norma do art. 37, §6º, da CF, evidenciam que, no ordenamento jurídico pátrio, o Estado submete-se à teoria da responsabilidade objetiva.

Prevê o art. 43 do CC de 2002: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.” Para Helena Pinto (2008, p. 113), o fato de não constar no código atual qualquer menção sobre a responsabilidade subjetiva do Estado não altera as divergências até então existentes, pois as controvérsias residem no plano constitucional e não no direito positivo infraconstitucional. No entanto, destaca que a ausência no Diploma Civilista atual de um dispositivo similar ao do art. 15 do Código Civil de 1916 enfraquece os argumentos dos defensores da teoria subjetivista.

A diferença existente entre o regime jurídico anterior e o atual consiste em que, na atualidade, a responsabilidade subjetiva é disciplinada pelas regras gerais da responsabilidade subjetiva civilista, adaptada para o campo da responsabilidade estatal, seguindo-se para tanto os princípios do direito público, as lições doutrinárias e a jurisprudência sobre o tema. (PINTO, 2008, p. 113)

Por isso:

É de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano por causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa (comissiva e omissão específica) e o dano. Resta, todavia, espaço para a responsabilidade subjetiva (por omissão genérica) nos casos acima examinados – fatos de terceiro e fenômenos da Natureza – determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 270)

3 A OMISSÃO ESTATAL NA SEGURANÇA PÚBLICA

3.1 O DEVER DE SEGURANÇA NO ÂMBITO ESTATAL

O dever do Estado de garantir a segurança pública vem estampado no art. 144 da Constituição da República, nos seguintes termos: “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (...)”

Previamente, julga-se necessário fazer um esclarecimento prévio acerca dos termos “polícia” e “segurança”. Para tanto, colaciona-se da lição de José Afonso da Silva (2009, p. 777):

Na teoria jurídica a palavra “segurança” assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. “Segurança jurídica” consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantém-se estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. “Segurança social” significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais. A Constituição, nesse sentido, preferiu o espanholismo *seguridad social*, como vimos antes. “Segurança nacional” refere-se às condições básicas de defesa do Estado. “Segurança pública” é a manutenção da ordem pública interna.

Do mesmo modo, a caracterização do significado de “ordem pública” é de suma importância para se limitar situações subjetivas de vantagem, outorgadas pela Constituição. Com a justificativa de preservar a ordem pública, praticam-se arbitrariedades, muitas vezes, desrespeitando direitos fundamentais da pessoa humana, quando a autorização somente dirige-se ao exercício regular do poder de polícia. (SILVA, 2009, p. 777)

Ordem pública, na definição de José Afonso (2009, pp. 777-778), será um estado de pacífica convivência social, isento de ameaça de violência. Convivência pacífica não quer dizer ausência de divergências, de debates ou de controvérsias. A convivência perde a pacificidade quando esses desacordos deflagram situações de violência e de crime. (SILVA, 2009, p. 778)

A segurança pública, por sua vez, “consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos exerçam suas atividades sem perturbação de outrem”, ensina Silva (2009, p. 778). Ainda, acrescenta que “é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas”.

Da leitura do art. 144 da CRFB, denota-se que o termo “polícia” guarda uma relação direta com a segurança. *Polis* vem do grego, significava o ordenamento político do Estado. Segundo Hélio Tornaghi, *apud* Silva (2009, p. 778), “aos poucos polícia passa a significar a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão do Estado que zela pela segurança dos cidadãos”. Hoje em dia, ainda conforme Tornaghi, atribui-se à polícia, unicamente, a função de evitar a alteração da ordem jurídica.

A atividade de polícia pode ser administrativa ou de segurança, dentro desta última inserem-se a polícia ostensiva e a polícia judiciária. A polícia administrativa tem a função de proteger bens jurídicos individuais, tais como a liberdade e a propriedade. A polícia de segurança que, em sentido estrito, é a polícia ostensiva tem o escopo de preservar a ordem pública, utilizando-se de medidas preventivas que julgar necessárias para evitar dano ou perigo para as pessoas. Além disso, importante consignar que o poder de polícia obedece a três limites que lhe impõe o Estado: os direitos dos cidadãos, as liberdades públicas e os privilégios individuais assegurados pela Constituição e demais normas legais. (SILVA, 2009, p. 778; STERAMNN, 1992, p. 96)

Em breve resgate histórico, Amaro Cavalcanti (1957, pp. 626-627) relembra que as medidas tomadas pela autoridade pública para fins de segurança pública e privada, embora, algumas vezes, violadores de garantias individuais, tais como: detenção de suspeitos de crime, ou para determinadas investigações; reclusão temporária de indivíduos supostos loucos ou dementes, sem precederem todas as exigências legais, dentre outras, não davam lugar a nenhuma ação de indenização durante o Império, e ainda prevalecem na República.

Ainda, segundo Amaro Cavalcanti (1957, p. 627), se tais medidas geram um dano direto à propriedade privada, é preciso distinguir duas hipóteses: se o dano é proveniente de um ato positivo (*culpa in faciendo*), a reparação pecuniária pode ser admitida como um dever de justiça; se, todavia, o ato lesivo ocorreu em razão de uma omissão do funcionário que poderia evitá-lo (*culpa in omittendo*), a indenização não seria cabível. Tal posição não é mais

utilizada no momento, uma vez que, conforme será elucidado, é possível que nos casos de *culpa in omittendo* haja a responsabilização do Estado, ainda que não tenha sido ele o causador direto do dano.

Sabe-se que, não obstante toda vigilância, crimes são impossíveis de evitar. Daí a necessidade de existir um sistema para a apuração dos fatos criminosos e perseguição dos agentes. Nesse sistema estão incluídas as atividades de investigação, de apuração de infração penal, a indicação de sua autoria, bem como o processo judicial pertinente à punição do acusado. À polícia judiciária cabe realizar as três primeiras funções, ficando a cargo do Ministério Público a promoção da ação penal pública (art. 129, I, CF). (SILVA, 2009, p. 778)

Todavia a segurança pública não se resume a repressão, e também não pode ser considerada função única e exclusiva da polícia, visto que a própria Constituição estabeleceu que é dever não só do Estado, como também é de responsabilidade da população garantir a segurança pública (art. 144, CF). De acordo com Sterman (1992, p. 97), essa compreensão de que a segurança pública é, ao mesmo tempo, dever do Estado e responsabilidade de todos os indivíduos consiste na mais atual postura a respeito de conceitos de Estado e seus respectivos fins.

Com base nisso, Silva (2009, p. 779) expõe teses que apontam para a necessidade de uma nova concepção de ordem pública, na qual a colaboração da sociedade seja vista como um importante referencial. Outras que afirmam que o combate à criminalidade deve receber maior importância enquanto instrumento de proteção à população, assim como observam que é preciso “adequar a polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-a para obediência aos preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social”.

3.2 OS CASOS DE ATAQUES CRIMINOSOS AO PATRIMÔNIO PARTICULAR

Em capítulo antecedente, demonstrou-se que a responsabilidade do Estado por fato de terceiro, caso fortuito e força maior não foram abraçados pelo dispositivo constitucional. Neste tópico, tratar-se-á especificamente dos danos provenientes de ataques criminosos – fato de terceiro – ao patrimônio particular, percorrendo-se os conceitos de

movimentos multitudinários e ataques terroristas, com enfoque ao final nas depredações causadas por incêndios criminosos ao patrimônio particular. Destaca-se que a matéria será sempre considerada pelo ângulo do coletivo, vale dizer, por atos praticados por grupos, pela massa, pela multidão, e não por indivíduos isolados.

Demonstrou-se que o poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública de restringir e condicionar o uso e o gozo dos bens e das atividades e direitos individuais em prol do interesse coletivo, por meio de medidas que se dirijam à segurança pública, conforme estabelece o supracitado art. 144 da Constituição Federal. Ressalta-se que tais medidas devem ser praticadas tendo sempre em vista os direitos e garantias individuais estabelecidos no art. 5º da Carta Magna, resguardando principalmente o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Referidos artigos guardam uma ligação profunda com o tema da responsabilidade civil do Estado por danos causados por movimentos multitudinários. Essa assertiva está bem justificada nas palavras de Cretella Junior, *apud* Sterman (1992, p. 96):

Os chamados movimentos multitudinários provocam a intervenção dos agentes policiais encarregados da manutenção da ordem pública, no exercício legítimo poder de polícia de que são detentores, já que cabe ao Estado a garantia da propriedade particular e a integridade física do cidadão, devendo empenhar-se nisso do melhor modo possível.

Acerca do conceito de movimentos multitudinários, expressa Sonia Sterman (1992, pp. 19-20):

Os movimentos multitudinários estão ligados ao caráter de reivindicação e tem conotação sócio-econômica e política, de modo que somente com o advento do Estado liberal e com as ideias da Revolução Francesa é que se desenvolvem os conceitos de multidão, massa nos seus aspectos penal, sociológico e psicológico. (...) No Brasil, dentre outras, temos a obra de Elias de Oliveira que, após expor as definições de multidão de Sighele, Gustave le Bon, Freud e apresentar a sua crítica, propôs uma classificação para o fim do direito penal, de multidões quanto ao seu objetivo e quanto ao motivo de turba. Portanto, quanto ao objetivo, as multidões podem ser ilícitas, ou seja, todas cujo objetivo seja anti-social, proibido, contrário à moral e aos bons costumes, e legais, ou seja, todas que se reúnem com fins lícitos, não proibidos e amparadas pelo direito da reunião.

A responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários é um tipo de responsabilidade por fato (ilícito) praticado por terceiros. Dessa forma, é facilmente perceptível que não foram agasalhados pelo art. 37, §6º., da CRFB, pois atribuiu-se a responsabilidade objetiva à Administração apenas pelos danos que “seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”.

Ao atribuir a responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus prepostos, nessa qualidade, venham a causar a terceiros, o legislador constituinte pretendeu diferenciar os danos causados pelos servidores da Administração daqueles causados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Ficaram abarcadas pela teoria do risco administrativo apenas as atuações ou inações dos servidores públicos, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva da Administração quando os danos causados a particulares tiverem por origem atos predatórios de terceiros ou fenômenos naturais. (MEIRELLES, 2011, p. 705)

Discorda-se em parte desta afirmação de Meirelles, visto que a teoria do risco administrativo não poderá ser aplicada aos comportamentos omissivos genéricos (inação estatal). Mais correto seria dizer que a teoria do risco administrativo será aplicada sempre que houver uma atuação comissiva, e se houver uma omissão específica. No entanto, demonstrou-se em capítulo anterior que ele defende a adoção da corrente objetivista tanto para comportamentos comissivos quanto omissivos, sem fazer qualquer distinção entre atos genéricos e específicos, o que justifica tal posição.

Diz Cavalieri Filho (2010, p. 248), com absoluta razão, que as causas excludentes do nexo de causalidade – força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima e de terceiro – excluem também a responsabilidade objetiva do Estado. Sendo assim, o Estado não responderá objetivamente por eventos danosos provenientes de fenômenos da natureza, fato exclusivo da vítima ou de terceiro (assaltos, furtos, acidentes na via pública), doloso ou culposos, já que não tem integram a sua atividade. Porém, poderá responder pela culpa anônima.

Observar-se-á o princípio geral da culpa civil, quando os atos e fatos não se relacionaram com a atividade administrativa. Nesses casos, a indenização dependerá de prova da ocorrência de imprudência, negligência ou imperícia, ainda que genéricas, na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano. É nesse sentido que tem se orientado a jurisprudência, sempre exigindo a prova da culpa da Administração nos casos de depredações por multidões e de enchentes e vendavais que, extrapolando as possibilidades dos serviços públicos disponíveis, causam danos a particulares. (MEIRELLES, 2011, p. 705)

Nessas hipóteses, portanto, a indenização só será devida se devidamente comprovada a culpa da Administração. Ressalta Meirelles (2011, p. 705) que exigir o

elemento subjetivo da culpa não viola o princípio da responsabilidade objetiva insculpido no art. 37, § 6º, da CF, porque esse refere-se à atuação funcional dos agentes estatais, não alcançando, portanto, atos de terceiros e fatos da natureza. (MEIRELLES, 2011, pp. 705-706)

Nesse sentido, será responsável a Administração Pública por esses danos, se ficar comprovado que, “por sua omissão genérica ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe seriam exigíveis, ou de tomar providências que lhe seriam possíveis”. (CAVALIEIRI FILHO, 2010, p. 267)

Carvalho Filho (2009, p. 536) assevera que a regra aceita no direito moderno é a de que os danos decorrentes exclusivamente de tais atos não acarretam a responsabilidade civil do Estado, uma vez que são atos praticados por terceiros. Sustenta que sequer estão presentes os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, pois não há conduta administrativa, nem nexos causal entre os atos estatais e o ato. Afirma que a imprevisibilidade e a rapidez de tais acontecimentos são dois motivos pelos quais não se pode atribuir ao Estado qualquer responsabilidade, seja por omissão ou ação.

Carvalho Filho (2009, p. 537), posteriormente, afirma que, em certas situações, o Poder Público tem a clara possibilidade de proteger o patrimônio particular e obstar a ocorrência dos danos provocados pela multidão, porém se omite. Nessa hipótese, é notória a existência de uma conduta omissiva do Estado, bem como é facilmente perceptível o liame causal entre a conduta e o dano. Desse modo, tendo em vista a omissão culposa do Poder Público, resta configurada a responsabilidade civil do Estado.

Para mais aclarar tal posicionamento, transcreve-se o exemplo apresentado por Carvalho Filho (2009, p. 537):

Suponha-se, para exemplificar, que se esteja formando um agrupamento com mostras de hostilidade em certo local onde há várias casas comerciais. Se os grupos de segurança tiverem sido avisado a tempo e ainda assim não tiverem comparecido os seus agentes, a conduta estatal estará qualificada como omissiva culposa, ensejando, por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado, em ordem a reparar os danos causados pelos movimentos multitudinários. Tal como na hipótese dos fatos imprevisíveis, contudo, a indenização será proporcional à participação omissiva do Estado no resultado danoso

Na mesma linha, Cavaleiri Filho (2011, p. 267) diz que mesmo que o evento danoso tenha sido provocado por um fenômeno da natureza ou fato de terceiro, se houve

ausência do serviço ou a falha no seu funcionamento, o Estado poderá ser responsabilizado pelos danos suportados pelos particulares.

Amaro Cavalcanti (1957, p. 629) indaga acerca de qual seria a regra a respeito de danos ocasionados por motins, arruaças, greves e outros casos anormais de perturbação de ordem pública. E responde:

É preciso distinguir: se tais danos são causados pelos funcionários, como uma necessidade ao restabelecimento ou manutenção da ordem, eles deverão, sem dúvida, entrar na regra da responsabilidade geral do Estado, segundo os princípios que deixamos estabelecidos; se os danos, porém, são causados pelos perturbadores da ordem, o Estado nada terá que ver com a reparação jurídica dos mesmos, a menos que os seus funcionários ou autoridades também não se achem em culpa manifesta de omissão a esse respeito.

Chama-se atenção para questão de que os atos danos causados por movimentos multitudinários não devem ser confundidos com os atos praticados por grupos terroristas. Na definição do advogado espanhol Joaquim Ebile Nsefum, *apud* Sterman (1992, p. 76), atos de terrorismo são:

Atos contra a vida, integridade corporal, saúde ou liberdade das pessoas; de destruição ou interrupção dos serviços públicos ou de destruição ou de apropriação do patrimônio que, verificados sistematicamente, tendem a provocar uma situação de terror que altera a segurança e a ordem pública com fins políticos.

Por seu turno, Sterman (1992, p. 78) assinala a importância de não se acolher a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de danos causados às pessoas ou às coisas por atos terroristas, pois isso poderia gerar um crescimento dessas atividades. O Texto Maior em vigor trouxe em seu art. 5º, XLVII (*art. 5º - XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*), a expressão terrorismo, para fins de considerá-lo inafiançável e prevendo a responsabilização dos mandantes, executores e daqueles que, podendo evitá-los, se omitirem.

Acrescenta Sterman (1992, p. 76) que os atos danosos praticados pela massa revoltosa diferenciam-se dos praticados por grupos terroristas, porquanto aqueles se originam em circunstâncias econômicas, sociais e políticas, de caráter genérico e apresentam um caráter social imediatista, ao passo que “os atos produzidos por grupos terroristas decorrem de grupos políticos determinados e individualizados que agem com dolo específico de aterrorizar”.

A prática do terrorismo no Brasil ainda não está tipificada na legislação penal. Todavia, o projeto do novo Código Penal, que está no Senado, traz previsão expressa de crime de terrorismo no seu art. 239. Para este trabalho, interessa observar o que consta nos §§3º e 5º, reproduzo-os: “Art. 239. Causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos deste artigo, quando: (...) § 3º **Incendiar, depredar**, saquear, explodir ou invadir qualquer bem público ou privado; § 5º **Sabotar o funcionamento** ou apoderar-se, com grave ameaça ou violência a pessoas, do controle, total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meios de comunicação ou **de transporte**, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia e instalações militares.” Mas seu parágrafo sétimo estabelece que: § 7º Não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade.

Outrossim, insta destacar que movimentos populares distinguem-se de movimentos multitudinários. Explica Stermann (1992, p. 72) que os “movimentos populares são manifestações reivindicatórias perante o Estado, de grupos de trabalhadores organizados em movimentos não institucionalizados (como sindicatos e associações de classes)”, que podem, contudo, se tornar multitudinário se os manifestantes passarem a cometer atos de vandalismo contra bens e pessoas.

Os danos produzidos pelos movimentos multitudinários compreendem os atos praticados pela multidão em propriedade privada, pública e em pessoas físicas. Porém, como o objetivo deste trabalho cinge-se ao tema da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de ataques criminosos ao patrimônio particular, serão considerados apenas os bens jurídicos atingidos que sejam de propriedade privada. A propósito, em relação à hipótese de depredação causada por multidão em propriedade pública, a ação cabível é a ação popular (art. 5º., LXXIII, CF). (STERMAN, 1992, p. 73)

E Stermann (1992, p. 73) prossegue esclarecendo que a propriedade privada pode ser móvel, imóvel ou semovente e pertencer a um proprietário ou mais. A manifestação da multidão pode ocorrer em lugar privado ou público, como praças públicas ou estádios de futebol de clubes particulares. Os atos praticados pela multidão devem ser de caráter penal e

causar danos aos particulares, como, por exemplo, saques e depredações em estabelecimentos comerciais e ataques à integridade física da pessoa.

Em momentos de crise econômico-político-social, a ocorrência de um movimento multitudinário deve ser refreada pelo exercício da segurança pública por parte do Estado, através dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal, evitando que a multidão enfurecida deprede propriedades ou atinja pessoas. É evidente que o Estado, além de não poder ser onipresente, deve agir dentro dos limites do razoável, de modo a preservar o bem maior da vida. (STERMAN, 1992, p. 97)

Por outro lado, o ditame constitucional do *caput* do art. 144 determina que os particulares são também responsáveis pela segurança pública. Portanto, ensina Sterman (1992, p. 97), quando verificarem a ocorrência de movimento de multidão que possa prejudicar ou já esteja causando prejuízos à integridade física e à propriedade, compete-lhes avisar a polícia.

Contudo, conforme exposto por Cavalieri Filho (2011, p. 267), o grau de previsibilidade da ocorrência de eventos de que dispõe o Estado é muito maior do que o do particular, pois aquele possui a estrutura necessária para prevenir e reprimir o ilícito. O grau de previsibilidade ganha relevância no curso da ação indenizatória ajuizada pela vítima contra o Estado, uma vez que se provado que as autoridades conheciam a possibilidade da ocorrência do evento, mas permaneceram inertes, resta configurada uma omissão passível de responsabilização estatal.

Sterman (1992, pp. 98-99) expressa que quando ocorrer um movimento multitudinário que cause danos a particulares, esses terão que provar a omissão do Estado quanto ao seu dever de segurança. Mas, acrescenta, “a análise da prova de cada caso concreto, bem como se a multidão estava ou não extrapolando o seu direito de manifestação, praticando atos de vandalismo, compete ao Poder Judiciário: é ele o fiel da balança para esses casos de danos causados pela multidão”.

Sobre essa questão, Yussef Said Cahali, *apud* Sterman (1992, p. 71), assim se posicionou:

Em matéria de danos causados a particulares em razão de movimentos hostis de aglomerados humanos, quando a massa enfurecida exterioriza a sua revolta através de atos de depredação à propriedade privada, a responsabilidade civil do Estado não emerge necessariamente da concepção absoluta do risco integral; aqui, mais do que em qualquer outro plano do direito, verifica-se que o reconhecimento daquela

responsabilidade não se basta com a ineficácia genérica do aparelhamento estatal de polícia preventiva, encarregado da manutenção da ordem e da segurança do cidadão.

Antes da revogação do Código Civil de 1916, entendia-se que o fundamento para a responsabilização do Estado nos casos de movimentos multitudinários seria o art. 15 daquele Diploma. Com o advento do Código Civil de 2002, deixou-se de ter na legislação brasileira um dispositivo que previsse a responsabilidade subjetiva do Estado. Novamente, destaca-se que no ordenamento jurídico atual, a regulamentação da responsabilidade do Estado é feita por normas que consagraram a responsabilidade objetiva. Isso, porém, não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha sido absolutamente banida. Assim, embora não haja mais nenhum dispositivo em vigor aplicável diretamente a movimentos multitudinários, continua-se aplicando a teoria subjetivista, acolhida pelo Código Civil de 1916, necessitando, portanto, da prova de culpa do Estado para a restituição dos prejuízos suportados.

3.2.1 O caso dos incêndios criminosos no Estado de Santa Catarina

Considerando os conceitos acima explicitados, analisa-se a questão do dever estatal de indenizar pelos incêndios provocados pelas facções criminosas contra o patrimônio particular. Para ilustrar essa hipótese será utilizado o caso dos ataques promovidos contra as empresas de transporte público no Estado de Santa Catarina.

Antes, necessário verificar qual o vínculo existente entre as empresas de prestadoras de transporte público e a Administração. A Carta Magna em seu art. 175 atribui ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos, a qual pode ser realizada diretamente pelo Estado ou sob regime de concessão ou permissão. De acordo com o entendimento de Odete Medauar (2009, pp. 323), serviço público refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo: água, energia elétrica, transporte urbano.

Para Carvalho Filho (2009, p. 309), serviço público é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Doutrinariamente classificam-se como serviço de utilidade pública aqueles serviços que são úteis, contudo, não essenciais. Visam atender ao interesse da coletividade, podendo a prestação vir diretamente do Estado ou ser executada por terceiros. São os denominados serviços pró-cidadão. Quando o Estado delega a prestação do serviço ao particular (execução por terceiros), tem-se uma forma de prestação descentralizada. Essa delegação é verificada nos contratos de concessão firmados entre o Estado e as empresas de viação para fins de fornecimento de transporte público à sociedade.

A concessão de serviço público é definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 75) como o “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 358), é “característica da concessão que o concessionário pertença à iniciativa privada, mesmo que, por delegação do Estado, esteja executando um serviço de interesse público”.

As empresas concessionárias de transporte público, durante a onda de ataques ocorrida entre novembro de 2012 e maio de 2013, tiveram diversos bens integrantes de seu patrimônio depredados. Em novembro do ano passado foram registrados vários incêndios criminosos, sendo esses cometidos principalmente contra ônibus. O movimento parecia ter sido controlado, mas, no início do corrente ano, novas leva de violência ocorreram. As investigações apontaram que as desordens eram oriundas de uma retaliação de criminosos aos casos de maus tratos nas prisões de Santa Catarina.

Os ataques voltaram a se repetir no dia 30 de janeiro de 2013. Especula-se que partiram de ordens da mesma facção criminosa que promoveu os atentados em novembro de 2012 e que o motivo estaria relacionado à transferência de presos e ao combate ao tráfico de drogas. O Serviço de Inteligência alertou a Secretaria de Segurança Pública sobre a possibilidade de novos ataques, mas o Estado nada fez para evitá-los antes que fossem novamente realizados. Após as novas ocorrências, os ônibus passaram a ser escoltados pela polícia até os pontos mais críticos e a circular com horários reduzidos afetando a rotina daqueles que tem o transporte público como seu único meio de locomoção e o comércio.

As empresas prejudicadas por essa falha no dever estatal de garantir a segurança pública, a exemplo do que fizeram as empresas paulistas, tem direito a pleitear judicialmente

os prejuízos por elas sofridos. Destaca-se que a pretensão das concessionárias não encontra fundamento legal no art. 37, §6º, da CF, pois esse dispositivo não se aplica nos casos em que os prejuízos sofridos por cidadãos e empresas decorrem de 'convulsão social', como agitações de rua, quebra-quebras, ataques a ônibus, atentados terroristas e atos de guerra, mas sim no próprio dever de garantir a segurança pública atribuído constitucionalmente ao Estado (art. 144, CF). Segundo a jurisprudência consolidada, a segurança pública é matéria de competência exclusiva do poder público. Por isso, as instituições governamentais têm a obrigação de assegurá-la a toda a coletividade de modo eficiente, podendo ser responsabilizadas, formal e materialmente, pelos eventuais prejuízos que a omissão, falha ou inépcia das polícias civil e militar causarem a cidadãos e empresas.

Ditos ataques não podem ser considerados terroristas, como por diversas vezes noticiou a mídia. O terrorismo utiliza ações radicais e violentas em busca da tomada de poder, sempre amparado por uma ideologia política, étnica ou religiosa. O crime organizado, por sua vez, embora gere certa sensação de terror à sociedade, utiliza métodos violentos em busca do poder em áreas de influência, mas é destituído de qualquer cunho político. Ainda, tais depredações tinham propósito reivindicatório, o que poderia servir de argumento para excluir a tipicidade penal, caso o supramencionado artigo referente ao crime de terrorismo do projeto do Novo Código Penal fosse aprovado.

O que se deve avaliar é: a) o Estado possuía aparelhamento para evitar os ataques?; b) Se sim, sua responsabilidade deverá ser buscada juntamente com a culpa? Nada se questiona acerca dos casos em que foge ao alcance do Estado evitar o dano, como nos casos em que os ataques eclodem sem qualquer aviso prévio. Isso porque não seria razoável exigir da Administração Pública o fornecimento de serviço que não lhe seja possível.

Com relação aos primeiros ataques, penso que não há que se falar em responsabilidade do Estado por se tratarem de fatos imprevisíveis. Essa imprevisibilidade torna impossível uma atuação preventiva do Poder Público. Entretanto, os ataques prosseguiram. Verificou-se a ocorrência de inúmeras depredações por cerca de quinze dias durante os meses de janeiro e fevereiro de 2013, sem que o Estado conseguisse contê-las. Somente após diversos dias de pressões populares e midiáticas, o governador do Estado solicitou auxílio da Força Nacional, que, então, conseguiu coibir as ocorrências.

Observa-se, nesse caso, que houve uma agravante. O Poder Público, além de ter sido avisado pelo Serviço de Inteligência, deixou que os ataques se prolongassem por mais de quinze dias para tomar as providências necessárias para reprimir as práticas criminosas. Ainda, a organização criminosa já havia realizado a mesma ação em outra oportunidade.

Seguindo este raciocínio, se havia uma previsibilidade do fato e houve omissão do Estado no dever de segurança pública, este deve ser condenado a ressarcir o prejuízo causado à concessionária em razão da falha na prestação do serviço público. Não houve, neste caso, uma falha genérica, contudo específica.

Lembra-se, entretanto, que as empresas concessionárias de transporte público não foram as únicas vítimas dos ataques. E essa questão torna-se preocupante quando se pensa na possibilidade de todos os prejudicados pleitearem o ressarcimento do Estado. Imagine-se um ataque que tenha depredado shoppings, lojas, ônibus, agências bancárias e caixas eletrônicos, o Estado poderia estar condenado a fazer um desembolso bilionário. Tal risco só poderá ser evitado com a elaboração de esquema mais eficiente na garantia de segurança pública em caso de novos ataques de grupos criminosos.

3.3 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Em todo o mundo verifica-se a ocorrência de movimentos multitudinários, ora de estudantes contra a polícia, ora da população contra o Estado. Por isso, não se afigura incomum os prejuízos sofridos por particulares em razão dos atos danosos praticados por esses agrupamentos. Tornam-se cada vez mais comuns as depredações a bens particulares causadas por multidões. Tais atos, normalmente, são formas de protestos contra determinadas situações.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do período compreendido entre os anos 1946 e 1967, Helena Elias Pinto (2008, p. 158) identificou 12 (doze) acórdãos sobre o assunto responsabilidade civil do Estado por omissão. Constatou que desses 12 (doze), 10 (dez) casos tiveram a mesma base fática, qual seja: estabelecimentos comerciais pertencentes a estrangeiros que foram danificados por populares exaltados (atos multitudinários) durante o período da II Guerra Mundial (1939-1944) diante da notícia de afundamentos de navios

brasileiros por potência estrangeira, configurando omissão do Estado em conter a massa. Outro dado interessante é que desse total de 12 (doze), 11 (onze) diziam respeito à propriedade de pessoa jurídica, bem como nestes 11 houve a aplicação da responsabilidade subjetiva.

Considerando-se a peculiaridade de que se reveste a base fática suprarreferida, pode-se dizer que o tema não foi adequadamente desenvolvido nesse período, segundo Helena Pinto (2008, p. 159). Ainda em período anterior, no Tribunal de Justiça de São Paulo julgou-se um caso referente a assalto e destruição de oficinas e de um jornal, que foi possível devido à negligência das autoridades policiais que avisadas do plano de assalto, nada fizeram. Não houve grande mudança com relação ao entendimento atualmente aplicado à responsabilidade civil nos casos de omissão, no aludido acórdão ficou registrada a necessidade da prova de culpa por parte do Estado:

1º. Que os funcionários e empregados públicos são responsáveis pelos danos causados pela inobservância dos deveres a que são obrigados; 2º. Que o dever do Estado de nomear funcionários idôneos fica satisfeito desde que a nomeação é feita das condições preestabelecidas pela lei; 3º. Que, desta sorte, o Estado não responde pelos atos futuros dos funcionários, exorbitantes dos poderes conferidos, da mesma forma, que o comitente não responde pelos atos dos prepostos excedentes de tais poderes; 4º. Que o Estado é responsável *in faciendo*, quando agindo dentro da esfera do direito, lesa direitos por atos dos seus agentes diretos; 5º. Que, porém, quando age por intermédio de funcionários criados por lei, com funções estabelecidas nesta, não lhe cabe responsabilidade *in omittendo*; 6º. Que as obrigações nascidas do delito conservam o caráter personalíssimo deste e, conseqüentemente, a sua intransmissibilidade (RIBAS, Dir. Civ.); 7º. Que, finalmente, nenhuma prova havia de culpa por parte do Estado com relação ao fato, de que se pedia indenização. (*in* CAVALCANTI, 1957, p. 628)

A decisão do Recurso Extraordinário nº 28191-MG, datada de 22 de agosto de 1955, de lavra do Min. Relator Afrânio Costa, em caso muito similar ao dos incêndios criminosos, logrou demonstrar que se a polícia podia de alguma forma impedir que o evento danoso ocorresse, mas não o faz, o Estado deverá ser responsabilizado. Sobre esse caso, Helena Elias Pinto (2008, p. 158) assim colocou:

Desde que a polícia, convocada ou presente, não impediu nem tentou impedir as depredações à propriedade privada, pela multidão enfurecida, em momentos de anormalidade geral, não há repelir a responsabilidade do Estado pela negligência ou inércia dos seus agentes.

Sonia Sterman (1992, p. 86) apresenta o caso em que houve depredação causada por milicianos do jornal *O Combate*, cujo proprietário havia solicitado garantias à propriedade. Esta hipótese, segundo ela, encarta-se no conceito de movimentos

multitudinários, e não no de fatos de revolução. O Tribunal de Justiça de São Paulo em acórdão proferido na Apelação Cível 22.096, na data de 28 de outubro de 1948, de relatoria do desembargador Cunha Cinta, consignou:

No dia 24 de outubro, na Capital, afora depredações de propriedades particulares, houve apenas arruaças de populares, as quais somente se avolumaram no dia seguinte, com a saída do governo constitucional.

É de convir que, apesar da normalidade da situação, resultante das notícias sobre a vitória da revolução, o Governo do Estado se achava aparelhado para garantir a propriedade pública e particular.

Responde o Estado pela manutenção da ordem, da segurança privada e da pública.

Se continuava a administração do Estado em condições de preservar a propriedade dos tumultos e paixões populares e falhou a sua missão, não empregando os meios ao seu alcance para obstar os assaltos, tornou-se, por omissão, responsável pelos danos causados, nos termos do art. 15, combinado com o art. 159 do Código Civil. (RF 178/124, 1949)

Cita também outros dois acórdãos que tratam de danos ocasionados pela multidão, durante a Revolução de 1930. As hipóteses consistiam em movimentos multitudinários que geraram danos a propriedades particulares. Em ambos acórdãos, exigiu-se a prova da culpa das autoridades responsáveis pela ordem pública. (STERMANN, 1992, p. 87)

Nota-se que há muito já está consolidado na jurisprudência o entendimento que, nas hipóteses de depredações causadas por movimentos multitudinários, a responsabilidade do Estado dependerá da comprovação de culpa.

Com relação ao específico caso de ataques por facções criminosas aos ônibus, a jurisprudência paulista tem decidido da seguinte forma:

APELAÇÃO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO Ônibus incendiado em ataque de facção criminosa Inocorrência da falha no serviço público Omissão da Administração que não pode alegada de forma genérica Administração Pública que atuou e disponibilizou seu aparelhamento estatal diante daquela situação em concreto Sentença mantida Recurso desprovido. (TJSP, Apelação nº 0125297-77.2008.8.26.0053, Rel. Moreira de Carvalho, julgamento em 12 de dezembro de 2012)

A ação foi ajuizada pela empresa de transporte viário que teve seus ônibus incendiados por facções criminosas, pleiteando indenização no valor de R\$ 150.000,00. A autora sustenta que houve falha estatal na disponibilização de segurança pública que não

conteve as rebeliões carcerárias que levaram aos atentados. Alega que houve conduta ilícita na omissão do Estado e o nexo causal entre este e o evento danoso.

A empresa pretendia que o Estado fosse responsabilizado subjetivamente, em virtude de sua falha em garantir a segurança pública (*faute du service*). Por essa linha, afigurava-se necessário a demonstração da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre este e a falha da Administração, o que não foi feito. Sendo assim, não há como responsabilizar o Estado baseando-se na mera alegação genérica de que sua atuação na segurança pública foi falha. A configuração da responsabilidade dependeria da demonstração de que os agentes estatais deixaram de praticar atos que lhe eram exigíveis.

Sobre o assunto, merece destaque a opinião de Carvalho Filho (2009, p. 540):

Ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais à medida em que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há dúvida de que o Estado é omissor no cumprimento de vários dos seus deveres genéricos: há carências nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais (previstos, aliás, no art. 6º, da CF). Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes. É que tantas artimanhas comete o Poder Público na administração do interesse público, que a sociedade começa a indignar-se e a impacientar-se com as referidas lacunas. É compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita. Deve, pois, separar-se o sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o Direito contempla.

Em razão desses argumentos, Carvalho Filho (2009, p. 540) vê com profunda preocupação decisões judiciais que, sem observar o nexo direto de causalidade com o resultado, responsabilizam o Estado por omissões genéricas decorrentes das carências existentes em todas as sociedades. Como exemplo dessas, menciona o caso em que o STF condenou o Estado a indenizar pessoa gravemente lesionada em assalto na via pública.

Em julgamento de caso análogo, o desembargador Antônio Carlos Villen asseverou:

Disso tudo decorre que, no caso dos autos, o pedido só poderia ser acolhido se demonstrado que os agentes de segurança do Estado, chamados a intervir, tivessem

deixado de fazê-lo. Nada disso, entretanto, ocorreu. Não há prova de que a polícia, após ter sido alertada, tenha deixado de atender situação específica envolvendo os veículos da autora. Ademais, é notório que, durante os ataques da facção criminosa, ocorreram inúmeros delitos em todo o Estado de São Paulo e que a polícia atendeu essas ocorrências, na medida de suas possibilidades.

Não se trata, evidentemente, de ignorar o disposto no art. 144 ou no artigo 37, parágrafo 6º, da Carta e tampouco o dever de eficiência a que alude o caput deste dispositivo. Trata-se apenas de considerar que as normas contidas naqueles dispositivos não podem ser interpretadas de maneira francamente incompatível com as próprias limitações inerentes ao serviço público. Tal interpretação, que implicaria, em última análise, responsabilizar o Estado por todos os danos decorrentes de ilícitos penais praticados em seu território, obviamente não pode ser aceita. (TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0377747-41.2009.8.26.0000, j. em 19/03/2012)

Além disso, no corpo do acórdão ressaltam que as matérias jornalísticas veiculadas sobre o assunto não se prestam a comprovação de que o Estado tinha conhecimento prévio dos ataques. Assim sendo, não há que se falar em responsabilidade do Estado sem que seja comprovada no caso concreto a omissão no dever de assegurar a segurança pública, pois a Administração Pública se transformaria em seguradora universal.

Nesse sentido, a jurisprudência paulista já havia se manifestado em outras oportunidades:

Apelação Cível. Responsabilidade civil. Ônibus incendiado na via pública por ataque de facção criminosa denominada “Primeiro Comando da Capital”. Alegação da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, §6º da CF/88. Inadmissibilidade. Responsabilidade do Estado, no caso, que só pode decorrer de desídia, falha ou falta do serviço. Hipótese não ocorrente. Ação julgada improcedente na origem. Sentença mantida. Recurso não provido. “Ressalvadas as hipóteses de inércia injustificada, falha ou falta do serviço do Poder Público, relevando a sua omissão ou má atuação na adoção de providências obrigatórias, caracterizadoras da responsabilidade subjetiva, não há como responsabilizá-lo por atos criminosos causadores de danos, cometidos por assaltantes, vândalos e, enfim, pessoas que se colocaram fora da lei. (TJSP, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rui Stoco, Apelação nº 9100353-80.2009.8.26.0000, j. 03/10/2011)

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE. Incêndio causado por terceiros em ônibus de propriedade da empresa autora. Inexistência de omissão do poder público. Improcedência da ação mantida. Recurso não provido. (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, Apelação nº 959.216-5/00, j. 21/10/2009).

Destoando um pouco deste entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que o Estado seria responsável na hipótese de incêndio criminoso precedido de incursão policial à comunidade, concedendo indenização por danos morais, estéticos e materiais à pessoa física que estava dentro do veículo incendiado. Nesta hipótese, considerou-se que a resposta revoltosa da comunidade era previsível e, por isso, o Poder Público deveria ter aumentado o policiamento naquele local. A importância do grau de previsibilidade da

ocorrência do evento para a obtenção de indenização é evidente no desfecho dado ao caso. A ementa assim foi lavrada:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO ESPECÍFICA CARACTERIZADA. INCURSÃO POLICIAL À COMUNIDADE SEGUIDA POR INCÊNDIO CRIMINOSO EM ÔNIBUS. PREVISIBILIDADE DA REAÇÃO DOS MELIANTES. PREVALÊNCIA DO VOTO CONDUTOR. 1. Hipótese em que a parte autora postula indenização por danos morais, estéticos e materiais em face do Estado do Rio de Janeiro, por ter sido vítima de ataque de meliantes, que incendiaram o ônibus em que viajava. 2. É previsível, porque constitui fato recorrente da violenta cidade do Rio de Janeiro, a reação dos criminosos, com práticas como o incêndio proposital de ônibus, após operações de repressão ao crime organizado. 3. Deve o Estado, após tais eventos e durante certo período, reforçar a vigilância nas áreas mais sensíveis e impedir essas reações delinquentes, sem o que incorre em omissão específica e fica sujeito a reparar os danos suportados pelas vítimas desses crimes. 4. Somente um estado de guerra declarado afastaria a responsabilidade do ente público que detém o monopólio da segurança pública ostensiva, repressiva e armada, o que não é a hipótese em questão. 5. Nexo causal devidamente positivado. 6. Danos morais, estéticos e materiais comprovados. 7. Desprovisionamento do recurso. (Embargos Infringentes nº 0170344-65.2007.8.19.0001. 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Elton M. C. Leme, j. em 24/04/2013)

Diante de tudo o que foi exposto, convém observar que a lição de Regis Fichter, *apud* Pinto (2008, pp. 83-84):

É facilmente perceptível [...] um processo de alargamento do conceito de dano indenizável. No mundo contemporâneo, pede-se indenização por situações que há pouco tempo pareciam ao homem médio risíveis. Vem-se restringindo o reconhecimento de casos fortuitos e de força maior e ampliando o de responsabilidade. Para todo o dano, a sociedade sente a necessidade de encontrar um causador e obter dele uma compensação para a vítima. A causa dessa transformação é facilmente explicável. O desenvolvimento tecnológico tem multiplicado a capacidade humana de causar danos. A sociedade moderna e globalizada tem aumentado a sua capacidade de produzir o efeito *dominó*, ou seja, a multiplicação de danos em virtude de um mesmo fato.

Todas essas questões levam o investigador a questionar a possibilidade de o Direito oferecer soluções para os cada vez mais complexos problemas relacionados à responsabilidade civil extracontratual, ainda com a utilização do modelo jurídico construído no início do século XIX, ou se será necessário reformular o sistema, mediante regras que ofereçam respostas mais adequadas ao atual estágio do desenvolvimento social.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado sofreu um intenso processo evolutivo nos últimos dois séculos. A evolução do instituto da responsabilidade do Estado relaciona-se intimamente com a evolução do princípio da legalidade, da teoria filosófica e da própria evolução do Estado de Direito. No direito pátrio, a mudança mais expressiva deu-se com o advento da Constituição da República de 1946, a qual estreou a regra da responsabilidade objetiva no direito positivo brasileiro. As Constituições seguintes não abandonaram essa corrente, sustentando-se ainda hoje na vigente Constituição de 1988.

Antes, a imputação de responsabilidade à Administração Pública assentava-se na teoria subjetiva, para a qual era necessário provar a existência de culpa. Todavia, as inúmeras situações fáticas que geram ao Estado o dever de indenizar tornaram essa teoria insuficiente. Os defensores da teoria objetiva demonstraram que o importante não era perquirir a culpabilidade do órgão ou do serviço, mas observar a existência de um nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o evento danoso.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002 consagraram, como regra geral da responsabilidade do Estado, a doutrina objetiva, baseada na teoria do risco administrativo. A teoria objetiva fraciona-se em diversas doutrinas, porém pode ser entendida, de modo geral, como aquela que busca imputar a responsabilidade ao Estado, sem o exame da culpabilidade de agentes ou serviços. Por seu turno, o acolhimento da teoria do risco administrativo pelos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais obsta que o Estado seja responsabilizado o Estado por todo e qualquer problema ocorrido na atual sociedade, o que não seria evitado caso a teoria do risco integral fosse adotada.

A divergência doutrinária encontrada no tema responsabilidade civil do Estado por omissão tem repercutido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Embora muitos doutrinadores apontem para uma mudança no panorama da responsabilidade estatal, que caminharia para a aplicabilidade da doutrina objetivista aos casos de condutas omissivas, a teoria que se mostrou mais ajustada às peculiaridades de tais comportamentos é a teoria mista, para a qual só será objetiva a responsabilidade se o comportamento tiver sido comissivo, ou omissivo específico.

Com o presente estudo, constatou-se que não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado por omissão genérica. As omissões genéricas dependem da comprovação

do elemento subjetivo da culpa, esta denominada de culpa administrativa, no âmbito do Direito Administrativo em que se insere. Da mesma forma, a culpa não poderá ser dispensada quando se tratar de hipótese de dano causado por fato de terceiro.

A examinada ocorrência dos incêndios criminosos contra o transporte público torna claro que houve uma atitude negligente do Estado ao permitir que os ataques perdurassem por mais de quinze dias. Friso que o cerne da questão é verificar se havia a possibilidade de prever tais acontecimentos e a existência de meios para impedi-los, pois, não os havendo, responsabilizar o Estado significaria colocá-lo na condição de segurador universal, abraçando, deste modo, a teoria do risco integral.

A ação de indenização ajuizada por particulares que tiveram seus bens depredados por ataques de organizações criminosas não encontra fundamento no art. 37, §6º, da CF, mas no próprio dever do Estado de assegurar à sociedade a manutenção da ordem pública (art. 144, CF). Além disso, constatou-se a inadequação do tratamento midiático dado aos incêndios criminosos. Tais ataques não podem ser considerados atos terroristas, diante da ausência de cunho político.

Por derradeiro, o problema de conceder indenização irrestrita aos prejudicados por tais eventos é a capacidade de provocar um grande dispêndio aos cofres públicos, se muitos forem os atingidos. Por isso, tal risco, acredita-se, só poderá ser evitado com a elaboração de esquema mais eficiente na garantia de segurança pública em caso de novos ataques de grupos criminosos.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Instutuciones de Derecho Administrativo**. Barcelona, Bosch, 1970.
- ALESSI, Renato. **L'illecito e la Responsabilità Civile degli Enti Pubblici**. Milano, Giuffè, 1972.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. 14a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto; MATTUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de politica**. 13ª ed. Brasilia: Ed. UNB, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos**. Coimbra, Livraria Almedina, 1974.
- CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Lumen Juris, 2009.
- CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. V
- COELHO, Márcio Xavier. **Fundamentos da Responsabilidade Civil Estatal**. Editora OAB, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. VIII. Forense, São Paulo, 1967.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.
- DE CASTRO,Guilherme Couto. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 7ª Edição. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2009.
- DUNI, Giovanni. **Lo Stato e la Responsabilità Patrimoniale**. Milano, Giuffrè, 1958.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 4. 7ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13.ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª Edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

OLIVEIRA, João Adilson Nunes. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA Centro de Ciências Jurídicas. **Responsabilidade civil do estado no Brasil : natureza, evolução e perspectivas**. Florianópolis, 2001.

PINHEIRO, Denise. **Análise teórica acerca da responsabilidade civil do estado na âmbito da administração pública direta e indireta**. Florianópolis, SC, 2003.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado Por Omissão - Na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Editora Lumen Juris, 2008.

ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da; CARLIN, Volnei Ivo. **Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado**. 1996.

SAAD, Renan Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Editora Lumen Juris, RJ, 1994.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Últimos julgados: responsabilidade civil do estado e outros temas**. Florianópolis, SC: Divisao de Artes Graficas do TJSC, 2002. 201 p.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2ª Ed. Editora Renovar, 2001.

STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado : movimentos multitudinarios : saques, depredações, fatos de guerra, revoluções, atos terroristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, c1992.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro (RJ) : Renovar, 1999.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. 8ª Ed. Milano, Giuffrè, 1958.

ZOCKUM, Maurício. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. Malheiros Editores, 2010.